DIE EINREDEN DES § 1157 BGB UND DER TYPENZWANG IM SACHENRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
ECKARD ZENKER
aus Osterode am Harz

1968

9531

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0069

DIE EINREDEN DES § 1157 BGB

UND DER TYPENZWANG IM SACHENRECHT

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von
ECKHARD ZENKER
aus Osterode am Harz

1 9 6 8

Disserations-Druck : Lüdke bei der uni
2 Hamburg 13 - Schlüterstr. 52-54 - 44 62 17 + 44 71 72

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Prof. Dr. Karl Peters
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz Baur
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Joachim Gernhuber

Tag der mündlichen Prüfung: 30. April 1968

Inhaltsübersicht:

Literaturverzeichnis.....IV

Einleitung.....1

I. Kapitel:

Rechtsprechung und Literatur.....4

1.) Überblick über die Rechtsprechung.....4

a) Zur Umgestaltung der Hypothekenformen.....4

b) Zur Umgestaltung der Grundschuld, insbesondere zur Ausgestaltung einer "Sicherungsgrundschuld".....7

c) Zusammenfassender Überblick.....8

2.) Überblick über die Literatur.....10

a) Zur Umgestaltung der Hypothek.....10

b) Zur "Sicherungsgrundschuld".....13

c) Zusammenfassender Überblick.....16

II. Kapitel:

Inhalt und Bedeutung des § 1157 BGB.....18

1.) Standort und Funktionen des § 1157 BGB im Grundpfandrechtssystem.....18

a) § 1157 BGB und das System der Einwendungen und Einreden des Hypothekenrechts.....18

b) Bedeutung des § 1157 BGB für den "Rechtsstatus" des Grundstückseigentümers.....22

c) Bedeutung des § 1157 BGB für den Rechtsverkehr.....25

2.) Einzelheiten der gesetzlichen Regelung.....28

a) "Drittwirkung" der "Eigeneinreden" (§ 1157 S.1 BGB).....28

b) Gutgläubiger Erwerb "einredebehafteter" Grundpfandrechte (§ 1157 S.2 BGB).....33

3.) Obligatorisches Rechtsverhältnis und dingliches Verwertungsrecht.....35

a) Obligatorisches Rechtsverhältnis und "Eigeneinreden".....36

b) "Eigeneinreden" und dingliches Verwertungsrecht.....39

III. Kapitel:

Allgemeine Grenzen der Privatautonomie und "Typenzwang" im Sachenrecht.....43

1.) Vertragsfreiheit und Sinn der Rechtsinstitute.....44

2.) "Typenzwang" und "Elastizität" der Sachenrechtsinstitute.....50

a) Herkömmliche Inhaltsbestimmung des "Typenzwanges" im Sachenrecht.....51

b) "Typenzwang" und Zweck der Sachenrechtsinstitute.....57

3.) "Atypische" Gestaltungen und gesetzliche Wertentscheidungen.....68

a) "Offene" Mißachtung gesetzlicher Wertungen.....68

b) Umgehung gesetzlicher Wertentscheidungen.....72

IV. Kapitel:

Strukturprinzipien und Funktionen der wichtigsten Grundpfandrechtstypen.....77

1.) Grundschuld.....79

2.) Hypothekenformen.....84

a) Verkehrshypothek.....85

b) Höchstbetragshypothek.....88

c) Wertpapierhypothek.....92

d) Gesamthypothek.....95

V. Kapitel:

"Atypische" Gestaltungen im Wirkungsbereich des § 1157 BGB und gesetzliche Wertentscheidungen.....97

1.) Inhaltliche Einschränkung der Verwertungsbefugnis.98

a) Ausschluß der Vollstreckungsbefugnis.....98

b) Ausschluß einzelner Vollstreckungsarten.....101

2.) Einschränkung durch Befristung oder Bedingung....104

a) "Stundung" und "Verjährung".....104

b) "Ausbietungsgarantie" und "Vorausklage".....106

3.) Beschneidung des Verwertungsobjektes.....109

a) "Haftentlassung" einzelner Verwertungsobjekte....109

b) Festlegung einer Verwertungsreihenfolge.....116

4.) Beschränkung der Verwertungsbefugnis auf einen besonderen Verwertungszweck.....122

aa) Umgehung der Verkehrshypothek ?.....140

bb) Umgehung der Höchstbetragshypothek ?.....151

cc) Umgehung der Wertpapierhypothek ?.....159

Zusammenfassende Thesen.....163

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s :

Baur, F., Grundstücksrecht, Schwenningen a.N. 1948

Baur, F., Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Auflage, München und Berlin 1966

Betti, E., Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts, Festschrift für Paul Koschaker, I. Band, Weimar 1939, S. 296 ff.

Betti, E., Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sog. Typenfreiheit des heutigen Rechts, Festschrift für Leopold Wenger, I. Band, München 1944, S. 249 ff.

Biermann, J., Kommentar zum BGB, Drittes Buch: Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin 1914

Boehmer, G., Änderungen des Hypothekenrechts durch die 3. Steuernotverordnung, AcP 123, S. 335 ff.

Boehmer, G., Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II. Band, 2. Abteilung, Tübingen 1952

Bötticher, E., Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, Festschrift für Dölle, I. Band, Tübingen 1963, S. 41 ff.

Bötticher, E., Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964

Brebeck, R., Die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung, Dissertation Breslau 1916

Dempewolf, G., Bedeutung und Wirkung des Rückübertragungsanspruches bei Sicherungsgrundschulden im bankgeschäftlichen Verkehr, Dissertation Köln 1957

Dempewolf, G., Der Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrundschulden, Berlin 1958

Dernburg, H.,	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, III. Band: Sachenrecht, 3. Auflage, Halle/Saale 1904
Dilcher, H.,	Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, S. 1040 ff.
Dulckeit, G.,	Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Recht und Staat, Band 158/159, Tübingen 1951
Ehrlich, E.,	Das zwingende und das nichtzwingende Recht im BGB für das deutsche Reich, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, II. Band, Jena 1899, S. 441 ff.
Eichler, H.,	Institutionen des Sachenrechts, I. Band, Berlin 1954, II. Band, 2. Halbband, Berlin 1960
Endemann, F.,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 8. Auflage, Berlin 1903
Endemann, F.,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Abteilung: Sachenrecht, 8./9. Auflage, Berlin 1905
Enneccerus, L., - Nipperdey, H.C.,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Auflage, Tübingen 1959, 2. Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte, Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, 15. Auflage, Tübingen 1960
Erman, W.,	Handkommentar zum BGB, 3. Auflage, Münster/Westf. 1962
Erwig, J.,	Das Hypothekenrecht am Scheidewege, Essen 1955
Esser, J.,	Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Karlsruhe 1960
Felgentraeger, W.,	Hypothek und Grundschuld, Festschrift für Julius v. Gierke, Berlin 1950, S. 140 ff.

Feuerherdt,	Grundschuldfragen aus der Praxis der Volksbanken, Blätter für Genossenschaftswesen 1959, S. 223 - 228, 236 - 238
Flume, W.,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York 1965
Flume, W.,	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 136 ff.
Fuchs, E.,	Grundbuchrecht, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB und zur Grundbuchordnung, Band I: Materielles Grundbuchrecht, Berlin 1902
Gierke, O. v.,	Deutsches Privatrecht, II. Band: Sachenrecht, München und Leipzig 1905
Goldmann, E., - Lilienthal, L.,	Das BGB, systematisch dargestellt, II. Band: Sachenrecht, Berlin 1912
Grönhoff, H.,	Die Bedeutung der rechtlichen Beziehungen zwischen der Grundschuld und dem ihrer Bestellung zugrunde liegenden oder einem sonstigen ihre Geltendmachung betreffenden Rechtsverhältnis, Dissertation Göttingen 1920
Güthe, G.,	Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts, Berlin 1914
Güthe, G., - Triebel, F.,	Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, Band I, 6. Auflage, Berlin 1936
Heck, Ph.,	Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912
Heck, Ph.,	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
Huber, U.,	Die Sicherungsgrundschuld, Abhandlungen für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 15, Heidelberg 1965

J.,	Rechtsfragen der Grundschuldpfändung, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW) 1951, S. 122 ff.
J.,	Grundbuchliche Eintragung schuldrechtlicher Einreden, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW) 1952, S. 319 f.
Jahr, G.,	Die Einrede des bürgerlichen Rechts, JuS 1964, S. 125 ff., 218 ff., 293 ff.
Janberg, H.,	Aus der Rechtsprechung zur Sicherungsgrundschuld, Bank-Archiv (BA) 1936/37, S. 514 ff.
Janberg, H.,	Die Rechtsstellung der Bank bei Pfändung nicht voll valutierter Sicherungsgrundschulden, Bank-Archiv (BA) 1936/37, S. 323 ff.
Janberg, H.,	Zweifelsfragen bei der Grundschuld als Kreditsicherungsmittel, Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit (DFG) 1939, S. 57 ff., 80 ff.
Janberg, H.,	Die Grundschuld als Kreditsicherung, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (ZKW) 1949, S. 496 f.
Kindler, K.,	Fiduziarische Grundschulden, Dissertation Breslau 1919
Knöchlein,	Der Rückgewähranspruch des Eigentümers bei Grundschulden und die bedingte Grundschuld, Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht 1958, S. 305 ff.
Komanns, Th.,	Das Grundpfandrecht als fiduziarische Sicherheit, Dissertation Köln 1939
Kowalski, H.,	Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr, 2. Auflage, Berlin 1939
Kowalski, H.,	Die Pfändung der "Sicherungsgrundschuld", JW 1934, S. 1837 f.
Kramer, G.,	Grundschuld und Schuldgrund, Dissertation Göttingen 1932
Küchler, K.,	Die Sicherungsgrundschuld, Berlin 1939

Kuhn, O.,	Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
Larenz, K.,	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Lehmann, E.,	Das Verhältnis von Forderung und Hypothek im deutschen bürgerlichen Recht, Dissertation Tübingen 1938
Lehmann, H., - Hübner, H.,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Auflage, Berlin 1966
Lent, F., - Schwab, K.H.,	Sachenrecht, 10. Auflage, München und Berlin 1964
Lindemann,	Sicherungsgrundschuld, JW 1931, S. 2613 f.
Müller, G.,	Übergzwingende und nachgiebige Rechtsnormen nach Bürgerlichem Gesetzbuche, Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung (Seuff.Bl.), Band 66 (1901), S. 1 ff.
Münstermann, H.,	Grundschuld und persönliche Forderung, Dissertation Freiburg 1937
Mugdan, B.,	Die gesammelten Materialien zum BGB, III. Band: Sachenrecht, Berlin 1899
Nissen,	Die nicht valutierte Grundschuld, JW 1906, S. 803 ff.
Nußbaum, A.,	Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens, 2. Auflage, Tübingen 1921
Oertmann, P.,	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927
Palandt, O.,	Bürgerliches Gesetzbuch, 26. Auflage, München und Berlin 1967
Pikart, H.,	Die Rechtsprechung des BGH zur Kreditsicherung durch Hypotheken und Grundschulden, Wertpapier-Mitteilungen (WM), Teil IV B, 1960, S. 594 ff.
Planck, G.,	Kommentar zum BGB, III. Band: Sachenrecht, Erste Hälfte (§§ 854 - 1112), 5. Auflage, Berlin und Leipzig 1933, Zweite Hälfte (§§ 1113 - 1296), 5. Auflage, Berlin 1938

Predari, C.,	Die Grundbuchordnung, 2. Auflage, Berlin 1913
Puntschart, P.,	Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechts in Gesetz und Literatur, Graz 1900
Quentin, H.,	Die Sicherungsgrundschuld, Dissertation Halle-Wittenberg 1936
Raape, L.,	Zession einer gestundeten Hypothek, AcP 145, S. 341 ff.
Raiser, L.,	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
Raiser, L.,	Besprechung der 2. Auflage des Lehrbuchs des Sachenrechts von H. Westermann, JR 1955, S. 118 f.
Raiser, L.,	Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff.
Raiser, L.,	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, I. Band, Karlsruhe 1960, S. 101 ff.
Raiser, L.,	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, Summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff.
Ramdohr, H.,	Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB, § 3 Der Grundbuchschutz, Gruchot's Beiträge, 44. Jahrgang (1900), S. 338 ff.
Reichel, H.,	Gewillkürte Haftungsbeschränkung, Festschrift für Cohn, Zürich 1915, S. 203 ff.
RGR.	Kommentar zum BGB, III. Band: Sachenrecht, 11. Auflage, Berlin 1959 ff.
Rheinstein, M.,	Anmerkung zum Beschluß des KG vom 8. 10. 1931, JW 1932, S. 1759 f.
Riedel, F.,	Über die Eintragung von Hypotheken auf Grund banküblicher Bewilligungen, DNotZ 1954, S. 454 ff.

Ripfel, F.,	Kreditsicherung durch Grundschuld, Mitteilungen aus der Praxis (BWNotZ), 1961, S. 193 ff.
Ripfel, F.,	Zweifelsfragen bei der Grundschuld als Kreditsicherungsmittel, Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit (DFG) 1938, S. 185 ff.
Ripfel, F.,	Die Eigentümeransprüche gegen den Grundschuldgläubiger und ihre Sicherung, DNotZ 1957, S. 518 ff.
Ritter, G.,	Die rechtliche Lage bei Verbindung der Grundschuld mit einer persönlichen Forderung, Dissertation Marburg 1914
Rosenberg, L.,	Anmerkung zum Beschluß des KG vom 18. 12. 1930, JW 1931, S. 3282 ff.
Schieb, H.,	Die Grundschuld als Sicherung, Dissertation Breslau 1912
Scholz, H.,	Das Recht der Kreditsicherung, 2. Auflage, Berlin 1957
Schütz, W.,	Die unbrauchbare Höchstbetragssicherungshypothek, ZAkDR 1939, S. 475 ff.
Schuster, E.,	Verkehrshypothek und Grundschuld, Dissertation, Breslau 1909
Seckel, E.,	Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe für R. Koch, Berlin 1903, S. 205 ff.
Seckelmann, H.,	Die Grundschuld als Sicherungsmittel, Berlin 1963
Segall, J.,	Das bürgerliche Recht und die Lebensgewohnheiten, Archiv für bürgerliches Recht, 32. Band (1908), S. 410 ff.
Seggelke, K.,	Das Verhältnis der Grundschuld zu dem ihrer Bestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäft, Dissertation Göttingen 1927
Serick, R.,	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band I: Der einfache Eigentumsvorbehalt, Heidelberg 1963

Serick, R.,	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band II: Die einfache Sicherungsübertragung - Erster Teil, Heidelberg 1965
Siebert, W.,	Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Band 68, Marburg 1933
Soergel, H.T., - Siebert, W.,	Bürgerliches Gesetzbuch, III. Band: Sachenrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1960
Sommer, R.,	Begriff und rechtliche Natur der Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation Leipzig 1907
Staudinger, J.v.,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band: Sachenrecht, 1. Teil: §§ 854 - 1017, 11. Auflage, Berlin 1956, 2. Teil: §§1113 - 1203, 11. Auflage, Berlin 1962 f.
Stockmayer, U.,	Die Grundschuld als Kreditsicherungsmittel, Sparkassenhefte Nr. 7, 2. Auflage, Stuttgart 1958
Strecker, O.,	Artikel "Grundschuld", Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (HdRw), III. Band, Berlin und Leipzig, 1928, S. 55 ff.
Strohal, E.,	Die Behandlung der nicht valutierten Grundschuld in der Zwangsversteigerung, Jhering's Jahrbücher, 59. Band (1911), S. 149 ff.
Süß, Th.,	Anmerkung zum Urteil des RG vom 18. 9. 1934, JW 1934, S. 3124 ff.
Trobitzsch, W.,	Die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften auf die Grundschuld, Dissertation Leipzig 1907
Trost, E., - Schütz, W.,	Bankgeschäftliches Formularbuch (BFB), 17. Ausgabe, Berlin 1966
Tuhr, A.v.,	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Berlin 1914 (Nachdruck 1957)

Turnau, W., - Förster, K.,	Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, Erster Band: Das Sachenrecht des BGB, 3. Auflage, Paderborn 1906
Ungewitter, G.,	Hypothek und Grundschuld im Bankverkehr, Dissertation Frankfurt 1939
Vetsch, J.,	Die Umgehung des Gesetzes, Dissertation Zürich 1917
Walsmann, H.,	Der Verzicht, Leipzig 1912
Warneyer, O.,	Kommentar zum BGB, II. Band, 2. Auflage, Berlin 1932
Weimar, W.,	Die Sicherung von Krediten, Köln 1957
Weinhausen, H.,	Die Sicherungsübereignung, 2. Auflage, Berlin 1928
Werneburg, H.,	Wesen und wirtschaftliche Zweckbestimmung der Grundschuld, Die Grundstückswarte, Organ für Wohn-, Geschäfts- und Industrie-Hausbesitzer Deutschlands, 7. Jahrgang 1932, S. 317 - 318, 324
Westermann, H.,	Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 11, Karlsruhe 1954
Westermann, H.,	Sachenrecht, ein Lehrbuch, 5. Auflage, Karlsruhe 1966
Wieacker, F.,	Bodenrecht, Hamburg 1938
Wolff, M., - Raiser, L.,	Sachenrecht, ein Lehrbuch, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957
Zimmermann, E.,	Die nicht valutierte Grundschuld, Dissertation Würzburg 1911

Einleitung

Die Möglichkeit, die Grundschuld zur Sicherung von Forderungen zu verwenden, ist im BGB nicht berücksichtigt. Gleichwohl dienen heute Grundschulden fast immer zur Sicherung von Krediten und werden dann wegen dieser Zweckbestimmung als "Sicherungsgrundschulden" bezeichnet. Die "Sicherungsgrundschuld" ist heute das in der Kreditsicherungspraxis gebräuchlichste Grundpfandrecht. Durch das Fehlen gesetzlicher Bestimmungen für die "Sicherungsgrundschuld" auf der einen Seite und die Häufigkeit ihrer Verwendung auf der anderen sind jedoch zahlreiche Probleme aufgeworfen worden. Versuche zur Lösung dieser Probleme finden sich in Rechtsprechung und Literatur bis in die jüngste Zeit hinein in kaum überschaubarer Fülle. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, wie sich das vom Gesetzgeber geschaffene Rechtsinstitut der Grundschuld so dem Sicherungszweck der "Sicherungsgrundschuld" anpassen läßt, daß die Interessen aller Beteiligten in möglichst "gerechter" Weise berücksichtigt sind.

Für diese Anpassung der Grundschuld an den Sicherungszweck ist die eigenartige Bestimmung des § 1157 [1)] von besonderer Bedeutung. Die wirtschaftlichen Zielsetzungen der an der Grundschuldbestellung beteiligten Parteien finden ihren Ausdruck regelmäßig in einer Sicherungsabrede. Unter den mannigfaltigen Nebenbestimmungen, die heute in der Kreditsicherungspraxis im allgemeinen vereinbart werden, nimmt diese Sicherungsabrede einen wichtigen Platz ein. Die Bestimmung des § 1157 erkennt nun zum einen mittelbar einen Einfluß der Sicherungsabrede auf das Grundschuldrecht an: Der Eigentümer des belasteten Grundstückes kann mit Hilfe der Einreden aus dem Sicherungsvertrag den Grundschuldgläubiger in der Ausübung seines Rechtes auf den Sicherungszweck beschränken; die gesetzlichen Befugnisse des Grundschuldgläubigers werden also durch die vertraglichen Einreden modifiziert. Zum anderen - und das ist besonders bedeutsam - werden

1) Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes verweisen auf das BGB

den Einreden aus dem Sicherungsvertrag durch den § 1157 dingliche Wirkungen verliehen. Dadurch ermöglicht diese Bestimmung im Ergebnis, das Rechtsinstitut der Grundschuld mit dinglicher Wirkung weitgehend dem Zweck anzupassen, eine Forderung zu sichern, das heißt, es in das Rechtsinstitut der "Sicherungsgrundschuld" umzugestalten.

Angesichts dieser Umgestaltung der Grundschuld in ein nicht im Gesetz ausgebildetes Institut der "Sicherungsgrundschuld" drängt sich die Frage auf, ob hier nicht eine unzulässige Durchbrechung der Typenordnung des Sachenrechts vorliegt. Im Sachenrecht ist - jedenfalls wird das bisher allgemein gelehrt - anders als im Schuldrecht die Privatautonomie eingeschränkt: Das Gesetz stellt bestimmte Typen von dinglichen Rechten zur Verfügung, die nicht verändert werden dürfen; es herrscht "Typenzwang". Mit der Bestimmung des § 1157 scheint das Gesetz jedoch selbst einen Hebel zur Durchbrechung der Typenordnung zur Verfügung zu stellen: Indem es schuldrechtlichen Vereinbarungen im Rahmen des § 1157 dingliche Wirkungen verleiht, scheint es dem im Schuldrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit Eingang in das Sachenrecht zu verschaffen. Die oben aufgeworfene Frage führt deshalb zu der weiteren, ob der § 1157 als ein solcher Hebel zur Durchbrechung der Typenordnung gedacht ist, oder ob nicht vielmehr auch im Wirkungsbereich dieser Bestimmung der Privatautonomie Grenzen gesetzt sind, da anderenfalls die Typenordnung der Grundpfandrechte aufgelöst würde.

Im Folgenden soll eine Antwort auf diese Frage gesucht werden. Eine dem Sinn und Zweck des § 1157 entsprechende Antwort läßt sich allerdings nur schwer finden, wenn der Blick von vornherein ausschließlich auf die Umgestaltung der Grundschuld in die "Sicherungsgrundschuld" gerichtet wird. Die Bestimmung des § 1157 hat ihren Ursprung im Hypothekenrecht und ist vor allem von hier aus zu verstehen. Deshalb muß sich die Untersuchung auf den gesamten Geltungsbereich des § 1157 erstrecken.

Die Ausgangsbasis der Untersuchung soll eine in die Einzelheiten gehende Darstellung des Inhalts und der Bedeutung des § 1157 sein. Im Anschluß daran sollen die Grenzen genauer umrissen werden, die dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht grundsätzlich gezogen sind. Schließlich sollen die Wesenszüge der wichtigsten Grundpfandrechtstypen dargestellt werden, zu deren Umgestaltung der § 1157 einen Weg zu öffnen scheint. Nach diesen vorbereitenden Untersuchungen können dann die Gestaltungsmöglichkeiten, die im Wirkungsbereich des § 1157 denkbar sind, im einzelnen erörtert und daraufhin überprüft werden, ob sie mit dem Gesetz in Einklang stehen. Dabei wird sich ergeben, wie die Umgestaltung der Grundschuld in eine "Sicherungsgrundschuld" zu beurteilen ist.

Da die - allerdings nicht umfangreiche - Rechtsprechung und Literatur zu der hier aufgeworfenen Frage bisher nirgends zusammengestellt worden, sondern weit verstreut ist, soll zunächst ein Überblick über sie gegeben werden.

I. Kapitel:
Rechtsprechung und Literatur

1.) Überblick über die Rechtsprechung

a) Zur Umgestaltung der Hypothekenformen

Die Frage, ob auf dem Umweg über die Einreden des § 1157 eine der im Gesetz vorgesehenen Hypothekenformen umgestaltet werden dürfe, ist in der Rechtsprechung einige Male erörtert oder zumindest gestreift worden.

In einem Beschluß vom 29. Januar 1908[1] hatte sich das Kammergericht mit folgendem Sachverhalt zu befassen: Eine Gesamthypothek sollte mit der Einrede eingetragen werden, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dem einen Grundstücke nur insoweit suchen dürfe, als sie aus dem anderen Grundstücke nicht zu erlangen sei. Das Kammergericht hat eine derartige Eintragung für unzulässig erklärt. Es solle hier eine Gesamthypothek mit einem von § 1132 abweichenden Inhalt bestellt werden. Das sei aber rechtlich unmöglich, da keine Vertragsfreiheit in der Gestaltung dinglicher Rechte bestehe. Der § 1157 ergebe zwar, daß es möglich sei, Einreden gegen die Hypothek zu vereinbaren und sie durch Eintragung zu sichern. Diese Möglichkeit finde aber ihre Grenze im "Wesen" der Hypothek. Deshalb sei es zum Beispiel auch unmöglich, zu vereinbaren, daß der Gläubiger seine Befriedigung nur aus den Einkünften des Grundstücks suchen dürfe. - Daß die Möglichkeit, bei der Bestellung einer Hypothek Nebenabreden zu treffen, im "Wesen" der Hypothek ihre Grenze finde, hat auch das Landgericht Mainz in einem Beschluß vom 25. Mai 1908[2] ausgesprochen. Bei einer Höchstbetragshypothek sollte die Nebenabrede eingetragen werden, daß innerhalb von fünf Jahren die Immobiliarzwangsvollstreckung nicht betrieben werden dürfe. Das Landgericht hat eine derartige Eintragung für zulässig erklärt. Die Vereinbarung eines völligen Ausschlusses der Zwangsvollstreckung sei zwar unzulässig, da sie der

1) KG J 35, A, S. 310 ff.
2) Hess. Rspr. 1910, S. 30

Hypothek ihr Wesen schlechthin nehme. Dagegen seien Abreden, durch welche das Recht des Hypothekengläubigers beschnitten werde, in beschränktem Umfange zulässig und gemäß § 1157 eintragbar. Hier liege der eingetümliche Fall vor, daß obligatorische Gegenrechte des Eingetümers anderen Personen gegenüber Wirkung hätten; es handele sich um eine sog. Passiv-Sukzession in die Rechtsstellung des alten Gläubigers. - Das Reichsgericht hat in einem Urteil vom 25. November 1913[3] ebenfalls erklärt, eine Vereinbarung des Inhalts, daß das Recht des Hypothekengläubigers auf Zwangsvollstreckung völlig ausgeschlossen sein solle, sei nichtig. Der Hypothek sei wesentlich, daß die Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erfolge. Dem Urteil lag allerdings ein Fall zugrunde, in dem der Hypothekengläubiger sich nur verpflichtet hatte, seine Befriedigung ausschließlich aus den zum Grundstück gehörenden Häusern, insbesondere aus dem Mietüberschuß zu suchen. Einen solchen Verzicht auf einzelne Arten der Zwangsvollstreckung hat das Reichsgericht für zulässig erklärt. Dadurch sei die Hypothek der im § 1147 vorgesehenen Rechte nicht völlig entkleidet. Der Gläubiger behalte noch das Recht, die Hypothek in einer von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung geltend zu machen und sich aus den Mietüberschüssen im Wege der Zwangsverwaltung oder Pfändung zu befriedigen. Die besondere Problematik des § 1157 hat das Reichsgericht dabei unerörtert gelassen. - Mit der Frage, inwieweit die Hypothekenformen durch Nebenabreden mit dinglicher Wirkung verändert werden dürfen, hat sich schließlich noch einmal sehr eingehend das Kammergericht in einem Beschluß vom 18. Dezember 1930[4] befaßt. Hier sollte bei einer Höchstbetragshypothek die Vereinbarung eingetragen werden, daß der Hypothekengläubiger sich aus dem Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung nur befriedigen dürfe, wenn er im Zwangsversteigerungsverfahren ein bestimmtes Mindestbargebot abgebe. Das Kammergericht hat diese Eintragung für unzulässig erklärt. In seiner Begründung hat es scharf unterschieden zwischen der Eintragung einer das Gläubigerrecht verkürzenden Vereinbarung als Inhalt der Hypothek und der

3) Gruch. Beitr. 58, S. 971 ff.
4) JW 1931, S. 3282 ff.

Eintragung als Einrede aus § 1157. Im Falle des § 1157 handele es sich um eine Einrede, welche dem Eigentümer als solchem aus einem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden persönlichen (schuldrechtlichen) Rechtsverhältnis gegen den Anspruch aus dem dinglichen Recht zustehe. Diese Einrede sei zwar der Eintragung in das Grundbuch fähig, stehe aber grundsätzlich nur einem bestimmten Eigentümer gegenüber einem bestimmten Gläubiger zu. Dagegen gelte der Inhalt der Hypothek für und gegen jedermann. In dem zur Entscheidung stehenden Fall war nach der Auslegung des Kammergerichts die Eintragung einer Höchstbetragshypothek mit verändertem Inhalt beantragt worden. Es solle nicht einer dem ersten Gläubiger auferlegten persönlichen (schuldrechtlichen) Verpflichtung durch Eintragung Geltung gegenüber dem jeweiligen Hypothekengläubiger verschafft werden. Vielmehr solle das durch die Vorschrift des § 1147 gewährleistete Recht, sich aus dem belasteten Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen, selbst eingeschränkt, also der Inhalt der Hypothek selbst vertraglich geregelt werden. Wegen der wesentlichen Unterschiede zwischen den beiden Eintragungsmöglichkeiten lasse sich der Antrag auf Eintragung der Klausel als Inhalt der Hypothek auch nicht in den Antrag auf deren Eintragung als Einrede gemäß § 1157 umdeuten. Die Eintragung einer Hypothek mit einem von der Bestimmung des § 1147 abweichenden eingeschränkten Inhalt hat das Kammergericht für unzulässig erklärt. Die Befugnis des Gläubigers zur Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung bilde den wesentlichsten Inhalt der Hypothek. Daraus folge die Rechtsunwirksamkeit einer sich mit diesem Inhalt der Hypothek in Widerspruch setzenden Vereinbarung. Auf dem Gebiete des Sachenrechts sei die Vertragsfreiheit grundsätzlich ausgeschlossen, durch das Gesetz seien die Zahl der dinglichen Rechte und deren Inhalt zwingend vorgeschrieben. Nur ausnahmsweise seien sachenrechtliche Vorschriften nachgiebig, die Vorschrift des § 1147 sei aber unzweifelhaft zwingender Natur und lasse keine Einschränkungen zu. Die Frage, ob die Eintragung der streitigen Klausel als Einrede aus § 1157 aus den gleichen Gründen unzulässig sein würde, hat das Kammergericht jedoch ausdrücklich offen gelassen.

b) Zur Umgestaltung der Grundschuld, insbesondere zur Ausgestaltung einer "Sicherungsgrundschuld"

Die Frage, ob die Grundschuld auf dem Umwege über den § 1157 mit dinglicher Wirkung umgestaltet werden darf, ist in der Rechtsprechung nur ganz vereinzelt berührt worden.

Zu erwähnen ist hier zunächst ein Beschluß des Kammergerichts vom 8. Oktober 1931[5], dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Eine Grundschuld sollte zur Sicherung aller Forderungen aus einer zwischen dem Grundstückseigentümer und dem zukünftigen Grundschuldgläubiger bestehenden Geschäftsverbindung bestellt werden; es war beantragt worden, diese Grundschuld mit der Einrede einzutragen, daß aus dem Grundstück diejenigen Beträge nicht zu zahlen seien, welche aus dem Schuldverhältnis nicht geschuldet würden. Eine solche Eintragung hat das Kammergericht für unzulässig erklart. Die Nichtentstehung oder der Wegfall der durch die Grundschuld zu sichernden Forderung begründe zwar eine Einrede im Sinne des § 1157, die der Eintragung in das Grundbuch fähig sei; bei laufenden Kreditverhältnissen könne aber der Eigentümer dem Anspruch aus der Grundschuld nur dann die Nichtvalutierung als Einrede im Sinne des § 1157 entgegensetzen, wenn feststehe, daß aus dem Kreditverhältnis Forderungen nicht mehr entstehen könnten. Solange die volle Valutierung noch möglich bleibe, sei für den Eigentümer eine Einrede noch nicht entstanden. Die Möglichkeit künftigen Ausbleibens der Valutierung allein könne nicht von vornherein als Negativbedingung zum Inhalt der Grundschuldeintragung gemacht werden Durch eine solche Eintragung würde die Grundschuld in unzulässiger Weise in dinglichen Zusammenhang mit persönlichen Forderungen gebracht werden; das Bestehen bestimmter Forderungen würde als inhaltlicher Bestandteil des dinglichen Rechts selbst erscheinen. Eine derartige Grundstücksbelastung könne aber nur in Gestalt einer Hypothek, nicht einer Grundschuld erfolgen. - Das Oberlandesgericht München ist in einem Beschluß vom 20. Oktober 1937[6] der Problematik des § 1157 -

5) JW 1932, S. 1759 f.
6) JFG 16, S. 291 ff.

gerade im Hinblick auf eine mögliche Umgestaltung der Grundschuld - etwas näher gekommen. Hier sollte bei einer Buchgrundschuld die Bestimmung eingetragen werden, daß diese Grundschuld dem Gläubiger nur als Treuhänder zur Sicherung der Forderung der jeweiligen Inhaber der von einem Dritten ausgegebenen Schuldverschreibungen bestellt sei. Das Oberlandesgericht hat eine derartige Eintragung abgelehnt. Durch jene Bestimmung solle die Rechtsstellung des Grundschuldgläubigers dahin beschränkt werden, daß er die Grundschuld zwar als Vollrecht erwerben, über sie aber nur im Interesse der Inhaber der Schuldverschreibungen verfügen dürfe. Eine solche Beschränkung des Grundschuldgläubigers sei nur schuldrechtlicher Art, und ihre Eintragung könne auch nicht auf dem Umwege des § 1157 herbeigeführt werden. Es handele sich hier nicht um die Eintragung einer oder mehrerer bestimmter Einreden, sondern um die Eintragung des zwischen dem Eigentümer und dem Treuhänder bestehenden Rechtsverhältnisses und damit aller irgendwie denkbaren Einreden, die im Falle eines Verstoßes des Grundschuldgläubigers gegen die ihm obliegenden Verpflichtungen entstehen könnten. Die Eintragung dieses der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses sei aber mit der abstrakten Natur der Grundschuld nicht vereinbar.

c) Zusammenfassender Überblick

Der Überblick ergibt insgesamt, daß die Rechtsprechung die Problematik des § 1157 als eines Hebels zur Durchbrechung der sachenrechtlichen Typenordnung nur selten berührt hat.

Besonders fällt auf, daß die Bedeutung dieser Problematik gerade für die Grundschuld offenbar kaum erkannt worden ist. Die beiden Entscheidungen, die dazu allein herangezogen werden können, sind insoweit nur von geringem Wert. Das Kammergericht brauchte in seiner Entscheidung[7] auf die Frage nicht einzugehen, ob auf dem Umwege über § 1157 die Grundschuld mit der durch sie zu sichernden Forderung in dingliche Verbindung gebracht werden dürfe: In dem zur Entscheidung

7) JW 1932, S. 1759 f.

stehenden Fall lag eine Einrede im Sinne des § 1157 gar nicht vor. In dem durch das Oberlandesgericht München[8] entschiedenen Fall sollte ebenfalls keine Einrede im Sinne des § 1157, sondern ein ganzes Rechtsverhältnis eingetragen werden. Das Oberlandesgericht hat allerdings von der damit verbundenen Eintragung "aller irgendwie denkbaren Einreden" gesprochen und erklärt, diese sei "mit der abstrakten Natur der Grundschuld nicht vereinbar". Aus dem Sinnzusammenhang, in dem das Oberlandesgericht diese Formulierungen gebraucht hat, ist jedoch zu entnehmen, daß das Gericht durchaus einen Unterschied gemacht hat zwischen der Eintragung eines Rechtsverhältnisses und der einer Einrede im Sinne des § 1157 und daß es nur erstere hat für unzulässig erklären wollen.

Unter den oben zur Umgestaltung der Hypothekenformen angeführten Entscheidungen findet sich demgegenüber eine, in der die hier interessierende Problematik klar erkannt und behandelt worden ist, nämlich die Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 1908[9]. In ihr hat das Gericht festgestellt, die Möglichkeit, Einreden im Sinne des § 1157 zu vereinbaren, finde ihre Grenze im Wesen der Hypothek, da keine Vertragsfreiheit in der Gestaltung dinglicher Rechte bestehe. In ähnlichem Sinne - wenn auch nicht so deutlich - hat sich das Landgericht Mainz[10] ausgesprochen. Das Reichsgericht ist dagegen in der angeführten Entscheidung[11] auf die besondere Problematik des § 1157 nicht eingegangen. Seine Ausführungen lassen sich aber als eine Bestätigung der Beschlüsse des Kammergerichts und des Landgerichts Mainz auslegen. In der Entscheidung aus dem Jahre 1930[12] hat das Kammergericht jedoch die Frage nach den Grenzen der Privatautonomie im Wirkungsbereich des § 1157 wieder offen gelassen. Die Entscheidungsgründe erwecken sogar den Eindruck, als habe das Gericht - im Gegensatz zu seiner Entscheidung aus dem Jahre 1908 - Vereinbarungen, die über den § 1157 dingliche Wirkungen entfalten, für unbeschränkt zulässig gehalten. Anders ist das Bemühen, einen grundsätzlichen, scharfen

8) JFG 16, S. 291 ff.
9) KG J 35, A, S. 310 ff.
10) Hess. Rspr. 1910, S. 30
11) Gruch. Beitr. 58, S. 971 ff.
12) JW 1931, S. 3282 ff.

Unterschied herauszuarbeiten zwischen den Einreden im Sinne des § 1157 und den Abreden, die durch Eintragung inhaltlicher Bestandteil der Hypothek werden sollen, jedenfalls kaum zu erklären[13].

Angesichts dieses Befundes kann von einer einheitlichen Stellungnahme der Rechtsprechung nicht gesprochen werden. Sofern die Problematik des § 1157 überhaupt gesehen worden ist, ist es bei einzelnen Entscheidungen geblieben. Aus den für einige Einzelfälle entwickelten Gedanken hat man kaum einmal Schlußfolgerungen für andere Fälle gezogen.

2.) Überblick über die Literatur

a) Zur Umgestaltung der Hypothek

Die Möglichkeit, die Hypothek auf dem Umwege über den § 1157 umzugestalten, ist in der Literatur hin und wieder im Zusammenhang mit Ausgestaltungen dieses Grundpfandrechtstypus in bestimmten einzelnen Richtungen behandelt worden[14].

So hat man die Problematik des § 1157 gelegentlich im Zusammenhang mit der Frage berührt, ob das Verwertungsrecht des Hypothekengläubigers allgemein eingeschränkt werden darf. Es ist dabei zum Beispiel gesagt worden, eine persönliche Vereinbarung zwischen Eigentümer und Gläubiger, durch welche der Gläubiger auf die Zwangsvollstreckung überhaupt oder ein einzelnes Vollstreckungsmittel verzichte, sei gültig. Voraussetzung dafür sei aber, daß ihre Wirkung in irgendeiner Weise zeitlich beschränkt sei; denn anderenfalls würde durch eine solche Vereinbarung - die, wenn sie auf Grund des § 1157 S.2

---

13) In diesem Sinne legt auch Scherübl bei Staudinger,§ 1113, Rdnr. 1 c, die Entscheidung des KG aus.

14) Eine vereinzelte allgemeine Stellungnahme findet sich allerdings bei Predari, GBO, § 19, Anm. 5. Es heißt dort - im Anschluß an Ausführungen über die Eintragungsfähigkeit der Einreden des § 1157 -, das dingliche Recht (Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld) dürfe nicht in seinen der Parteiwillkür entrückten Bestandteilen von der Vereinbarung getroffen sein. Jedoch fehlt jede weitere Begründung, und außerdem bleibt unklar, ob lediglich die Eintragungsfähigkeit gewisser Einreden oder aber generell die Zulässigkeit bestimmter schuldrechtlicher Vereinbarungen verneint werden soll.

eingetragen würde, auch jedem späteren Gläubiger gegenüber wirksam sein würde - erreicht werden können, daß eine Hypothek begründet werde, deren Inhalt mit den zwingenden Vorschriften der §§ 1113, 1147 in Widerspruch stehe[15]. Oder es sind Zweifel an der Zulässigkeit aller einschränkenden Vereinbarungen geltend gemacht worden. Das Kammergericht[16] unterscheide zwar von der Inhaltsgestaltung der Hypothek eine schuldrechtliche Abrede zwischen Gläubiger und Schuldner, die durch Eintragung gemäß § 1157 gegen jeden Rechtsnachfolger des Gläubigers wirksam gemacht werden könne. Dieser Unterschied sei aber theoretisch, praktisch sei er ohne Bedeutung. Daher sei zu erwägen, auch die Verdinglichung der Einrede auszuschließen oder beides zuzulassen[17]. - Zu der eben erwähnten Entscheidung des Kammergerichts ist noch mehrmals Stellung genommen worden. Auch dabei sind Gedanken über die Grenzen der Privatautonomie im Wirkungsbereich des § 1157 zum Ausdruck gekommen. Die in jener Entscheidung für unzulässig erklärte Klausel könne schuldrechtlich wirksam vereinbart werden und damit eine Einrede gegen die Hypothek im Sinne des § 1157 darstellen. Eine dem "Wesen" der Hypothek widerstreitende Beschränkung der Rechte des Hypothekengläubigers liege nicht vor, und auch sonst könnten keine Bedenken gegen die Wirksamkeit jener Abrede erhoben werden[18]. Mangels einer ihr entgegenstehenden Bestimmung könne ihr die schuldrechtliche Wirkung und die Eintragungsfähigkeit als Einrede nicht abgesprochen werden[19]. - Gegenstand von Erörterungen im Schrifttum ist weiterhin die Zulässigkeit einer Abrede gewesen, nach der der Gläubiger sich nur bei einer von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung befriedigen darf. Hierbei haben einige Autoren ebenfalls die besondere Problematik des § 1157 berührt. Eine derartige Abrede ist für zulässig und - als Einrede gemäß § 1157 - für eintragungsfähig erklärt worden[20]. Sie lasse dem Gläubiger

15) Goldmann-Lilienthal II, § 76, I.2.
16) JW 1931, S. 3282 ff.
17) Westermann, SR, § 101, II.3.a)
18) Rosenberg, JW 1931, S. 3282 f.
19) Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.b. Im Sinne von Planck-Strecker und Rosenberg auch Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1c
20) So z.B. bei Planck-Strecker, a.a.O., und Soergel-Siebert-Baur, § 1147, Rdnr. 11.

noch die einem Eigentümerhypothekengläubiger zustehenden Rechte, entkleide also die Hypothek nicht aller zu ihrem Inhalt gehörenden Rechte[21]. - Besonders deutlich hat man die Frage nach den Grenzen der Privatautonomie im Wirkungsbereich des § 1157 jedoch im Zusammenhang mit dem Problem erkannt, ob auf Grund von privaten Vereinbarungen die Hypothek zu einer "Revenüenhypothek" ausgestaltet werden darf. Nach fast einhelliger Meinung ist eine solche Wiedereinführung der Revenüenhypothek unzulässig[22]. Dazu ist zum Beispiel ausgeführt worden, ein Vertrag, welcher die hypothekarische Haftung auf die Einkünfte beschränke, wäre allerdings gemäß § 1157 eintragungsfähig, wenn er gültig wäre. Eine sogenannte Revenüenhypothek, bei welcher nur die Nutzungen, nicht die Substanz des Grundstückes hafteten, werde aber vom BGB nicht anerkannt. Auch ein Verzicht des Gläubigers auf die Zwangsversteigerung sei nichtig. Nach § 1113 sei der Gläubiger berechtigt, sich aus dem Grundstück zu befriedigen, nach § 1147 erfolge die Befriedigung aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung, und diese wieder nach § 866 ZPO durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Nirgends sei hier dem rechtsgeschäftlichen Willen Raum gelassen, alle diese Bestimmungen seien zwingenden Rechts[23]. Daß der Privatautonomie im Wirkungsbereich des § 1157 Grenzen gesetzt sind, weil diese Bestimmung anderenfalls als ein Hebel zur Durchbrechung der grundpfandrechtlichen Typenordnung wirken kann, ist in diesem Zusammenhang von einigen Autoren deutlich ausgesprochen worden. Aus der Tatsache, daß das BGB Revenüenhypotheken nicht zulasse, müsse man den Schluß ziehen, daß nach dem BGB das Recht des Gläubigers auf Zwangsversteigerung als wesentlicher Inhalt des Hypothekenrechts anzusehen und eine Vereinbarung, die dem Gläubiger dieses Recht nehme, gemäß § 134 nichtig, also auch ohne schuldrechtliche Wirkung sei. Wenn man nämlich einer solchen Vereinbarung schuldrechtliche Wirkungen beilege, so würde dadurch mittelbar die Revenüenhypothek zugelassen werden. Der schuldrechtliche Vertrag würde den Eigentümer

21) In diesem Sinne Planck-Strecker, a.a.O.
22) Vgl. z. B. Biermann, Bem. 2 a vor § 1113, Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3 c, Soergel-Siebert-Baur, § 1147, Rdnr. 11, Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 a, b, Westermann, SR, § 101, II.3.a, Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2.
23) Biermann, a.a.O.

berechtigen, dem Gläubiger bei einer Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung eine Einrede entgegenzustellen und damit die Verurteilung auf Duldung der Zwangsverwaltung zu beschränken. Da diese Einrede nach § 1157 eintragungsfähig sein und gegenüber jedem Rechtsnachfolger des Gläubigers wirken würde, würde dadurch fast völlig der gleiche Erfolg erzielt werden, als wenn die Hypothek nur eine Revenüenhypothek wäre. Deshalb sei einer derartigen Vereinbarung jede Wirkung zu versagen[24].

b) Zur "Sicherungsgrundschuld"

Das Problem, ob die Grundschuld auf dem Wege über den § 1157 mit dinglicher Wirkung umgestaltet werden darf, ist lediglich in der umfangreichen Literatur zur "Sicherungsgrundschuld" wiederholt berührt worden[25].

Das Bestreben, die zur Sicherung der laufenden Forderungen aus einem Kontokorrentkreditverhältnis bestellte Grundschuld möglichst weitgehend ihrem Sicherungszweck anzupassen, und zwar durch Eintragung der Einrede, der Gläubiger dürfe die Grundschuld nur insoweit geltend machen, als Forderungen aus dem Kontokorrentverhältnis entstanden seien, ist von mehreren Autoren zurückgewiesen worden. Das ist mit dem Hinweis darauf geschehen, anderenfalls werde der Typus der Grundschuld in unzulässiger Weise verändert. Die Eintragung eines auf Einreden aus dem Grundverhältnis gestützten Widerspruchs sei nur insoweit zulässig, als dieser nicht im Gegensatz zum eigentlichen Wesen einer Grundschuld stehend die Eintragung in sich widerspruchsvoll machen und zur Begründung eines im gesetzlichen Katalog nicht vorgesehenen dinglichen Rechts führen würde. Gerade dies aber würde dann eintreten, wenn man die Eintragung der Abrede für möglich hielte, daß die Grundschuld zur Sicherung laufender Forderungen aus dauernder Geschäftsverbindung bestellt sei und daß sie nicht weiter geltend gemacht werden dürfe, als

---

24) So Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3 c mit weiteren Nachweisen. Im gleichen Sinne Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 a, Westermann, SR, § 101, II.3.a, und Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2.

25) Zu der vereinzelten allgemeinen Stellungnahme bei Predari siehe oben, S. 10, Anm. 14.

jeweils Forderungen für den Inhaber begründet seien. Die Rechtsform der Grundschuld würde dadurch einem Zwecke dienstbar gemacht, für den sie nicht geschaffen sei und für den das Gesetz das Institut der Höchstbetragshypothek vorgesehen habe. Mit solchen unklaren Zwischengebilden dürfe das Grundbuch nicht belastet werden[26]. - In ähnlicher Weise ist auch die Eintragung anderer Klauseln abgelehnt worden, die eine Anpassung der Grundschuld an einen Sicherungszweck zum Ziel hatten. Bei der Grundschuld sei nicht jede schuldrechtliche Einrede ohne weiteres eintragungsfähig. Das Gesetz kenne die Grundschuld nur als Typ einer absoluten, das heißt grundsätzlich nicht einredebehafteten Belastung eines Grundstücks. Daher sei es zum Beispiel unmöglich, eine Grundschuld mit der Einrede zu bestellen, daß nach einigen Jahren der Eigentümer ihrer Geltendmachung widersprechen könnte oder daß der Eigentümer die Vorausklage gegen den persönlichen Schuldner verlangen dürfe. Die Eintragung einer solchen Einrede aus dem Grundverhältnis bei Bestellung der Grundschuld würde gegen das eigentliche Wesen einer Grundschuld verstoßen. Die Rechtsform der Grundschuld würde einem Zweck dienstbar gemacht, für den sie nicht bestimmt sei und der ihrer abstrakten Natur widerspreche[27]. - In die gleiche Richtung zielt eine Stellungnahme zur Frage der Bösgläubigkeit im Sinne des § 1157. Gemäß § 1157 sei nur die Bösgläubigkeit hinsichtlich einer Rechtslage von Interesse, die

---

26) So Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f. Im gleichen Sinne Janberg, BA 1936/37, S. 514 f., derselbe, DFG 1939, S. 57, Münstermann, S. 37, Staudinger-Scherübl, § 1191, Rdnr. 8 a. Janberg, Münstermann und Staudinger-Scherübl berufen sich jedoch zu Unrecht auf die Entscheidung des KG in JW 1932, S. 1759 f. Das KG hat in jener Entscheidung ausdrücklich festgestellt, eine Einrede im Sinne des § 1157 sei noch gar nicht entstanden. Dementsprechend hat es nicht dazu Stellung genommen, ob etwa gewisse Einreden im Sinne des § 1157 nicht eintragungsfähig seien, sondern nur dazu, ob die vereinbarte Klausel zum Inhalt der Grundschuld gemacht werden dürfe. Im Sinne der eben genannten Autoren spricht sich neuerdings auch Serick, II, S. 425, aus. Er plädiert dann allerdings für eine enge Auslegung des § 1157, um eine Durchbrechung der sachenrechtlichen Typenordnung auszuschließen, und gelangt zu dem Ergebnis, daß es sich bei der "Einrede des Sicherungszweckes" gar nicht um eine Einrede im Sinne des § 1157 handele.

27) So J., ZKW 1952, S. 319 f., der sich allerdings - ebenfalls zu Unrecht - auf die Entscheidung des KG in JW 1932, S. 1759 f., beruft.

eintragungspflichtig oder zumindest eintragungsfähig sei. Zum Wesen der Sicherungsgrundschuld gehöre die Möglichkeit, daß die Grundschuld nicht oder nicht mehr valutiert sei. Diese Möglichkeit künftigen Ausbleibens der Valutierung sei aber nicht eintragungsfähig, denn dadurch würde die Grundschuld in unzulässiger Weise in dinglichen Zusammenhang mit persönlichen Forderungen gebracht werden[28]. - Sind so verschiedene Klauseln für nicht-eintragungsfähig erklärt worden, weil dadurch die Grundschuld in ihrem "Wesen" verändert werde, so haben demgegenüber einzelne Autoren gleichartige Klauseln unter gewissen Umständen dennoch für eintragungsfähig gehalten. Wegen Unvereinbarkeit mit dem Rechtsinstitut der Grundschuld unzulässig sei nur die Eintragung von Einreden, die sich aus Vereinbarungen der am Grundverhältnis beteiligten Parteien ergäben, nicht auch von Einreden, die erst der vom Begründungswillen unabhängigen späteren Entwicklung des Grundverhältnisses entstammten. Solche Einreden hätten ihren Ursprung ja gerade nicht in dem Bestreben nach Schaffung neuer, im Gesetz nicht vorgesehener Rechtsgebilde[29]. - Die Ansicht, auf Grund des § 1157 dürften nur solche Einreden im Grundbuch eingetragen werden, die mit dem "Wesen" der Grundschuld vereinbar seien, ist jedoch auch auf Widerspruch gestoßen. Nach der klaren Anweisung des § 1157 könne jede Einrede eingetragen werden. Die Einrede besage, daß der Gläubiger die Grundschuld nicht gegen den Eigentümer geltend machen dürfe, und das könne dem Wesen der Grundschuld nicht zuwiderlaufen. Schuldrechtliche Absprachen dürften dagegen nach § 1157 überhaupt nicht im Grundbuch eingetragen werden, gleichgültig, ob sie mit dem Wesen des betroffenen dinglichen Rechts übereinstimmten oder nicht. Einreden könnten immer, Verträge oder Vertragsklauseln dürften nie eingetragen werden[30].

---

28) So Dempewolf, Diss., S. 45 f., und derselbe, Rückübertragungsanspruch, S. 57 f.
29) So Rheinstein, JW 1932, S. 1760. Ebenso J., ZKW 1952, S. 320.
30) So Huber, S. 140 f. Der gleichen Meinung sind offenbar auch Baur, SR, § 45, II.2. am Ende, Serick, II, S. 424 ff., sowie Westermann, SR, § 114, II.2.

c) Zusammenfassender Überblick

Der Überblick über die Literatur vermittelt kaum ein einheitlicheres Bild als der über die Rechtsprechung. Allerdings ist hier die besondere Problematik des § 1157 weitaus häufiger berührt worden.

Wiederum fällt jedoch auf, wie wenig die Bedeutung des § 1157 in ihrer vollen Tragweite gerade für die Grundschuld erkannt worden ist. Zahlreiche Autoren haben allerdings festgestellt, daß auf dem Umwege über den § 1157 die Grundschuld möglicherweise mit dinglicher Wirkung umgestaltet und ein neues, im Gesetz nicht vorgesehenes Rechtsgebilde geschaffen werden könnte. Sie haben jedoch geglaubt, zur Abwehr einer derartigen Durchbrechung der sachenrechtlichen Typenordnung genüge es, die Eintragungsfähigkeit der mit dem "Wesen" der Grundschuld unvereinbaren Einreden auszuschließen. Deshalb sind sie nicht auf die Frage gestoßen, ob im Wirkungsbereich des § 1157 etwa alle schuldrechtlichen Vereinbarungen unzulässig sind, aus denen sich mit dem "Wesen" der Grundschuld oder mit ihrer Zweckbestimmung unvereinbare Einreden ergeben. Die Frage nach den Grenzen der Privatautonomie im Wirkungsbereich des § 1157 ist im Gegenteil noch zusätzlich dadurch verdeckt worden, daß offenbar Unklarheiten darüber herrschten, wann eine Einrede im Sinne des § 1157 vorliegt und ob schuldrechtliche Rechtsverhältnisse auf dem Umwege des § 1157 eingetragen werden können. Diese Unklarheiten haben dazu geführt, daß man die Frage, welche Folgerungen aus der Unvereinbarkeit einer Einrede im Sinne des § 1157 mit dem "Wesen" der Grundschuld zu ziehen sind, beiseite geschoben hat, sobald man geklärt zu haben glaubte, daß schuldrechtliche Rechtsverhältnisse nicht als "Einreden" eingetragen werden könnten und daß gerade die besonders umstrittenen Klauseln keine Einreden im Sinne des § 1157 darstellten[31)].

---

31) In dieser Weise hat Huber, a.a.O., die Frage nach den Grenzen der Privatautonomie im Wirkungsbereich des § 1157 beiseite geschoben. Baur, SR, § 45, II.2. a.E., und Serick, II, S. 424 ff., glauben offenbar ebenfalls, diese Frage sei bedeutungslos, wenn man nur beachte, daß die Sicherungsabrede als solche nicht im Grundbuch eingetragen werden dürfe.

Ein ganz anderes Bild ergibt demgegenüber der Überblick über die Stellungnahmen zur Umgestaltung der Hypothek. Hier ist die Auffassung weit verbreitet, daß die schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger über den § 1157 derartig auf das dingliche Recht einwirken, daß es dadurch praktisch zur Begründung eines im gesetzlichen Typenkatalog nicht vorgesehenen und verbotenen dinglichen Rechts kommen kann. Man hat hieraus allgemein den Schluß gezogen, daß im Wirkungsbereich des § 1157 der Privatautonomie - anders als sonst im Schuldrecht - Grenzen gesetzt seien, da es anderenfalls zur Durchbrechung der sachenrechtlichen Typenordnung kommen könnte. Es hat sich jedoch bisher keine einheitliche Meinung darüber herausgebildet, wie diese Grenzen der Privatautonomie im einzelnen abzustecken sind: Zur Verhinderung einer Durchbrechung der Typenordnung soll genügen, daß die Wirkung der Einreden in irgendeiner Weise zeitlich beschränkt wird[32]; es sollen nur Vereinbarungen zulässig sein, durch die keine dem "Wesen" der Hypothek widerstreitende Beschränkung der Rechte des Hypothekengläubigers herbeigeführt wird[33]; es soll lediglich unzulässig sein, die Hypothek sämtlicher zu ihrem Inhalt gehörender Rechte zu entkleiden[34]; es soll darauf ankommen, ob dem rechtsgeschäftlichen Willen durch einzelne sachenrechtliche Normen - so die §§ 1113, 1147 - Grenzen gesetzt sind[35]; oder es soll unzulässig sein, ein bewußt nicht in den Typenkatalog des Sachenrechts aufgenommenes Recht auf dem Umweg über den § 1157 wieder einzuführen[36].

So ist also auch in der Literatur die besondere Problematik des § 1157 keineswegs in jeder Beziehung einheitlich erkannt und behandelt worden. Diese Uneinheitlichkeit rührt wohl daher, daß man sich zu sehr am Einzelfall orientiert, aber nie eine dem Sinn und Zweck des § 1157 in seinem gesamten Wirkungsbereich gerecht werdende Lösung gesucht hat.

---

32) So Goldmann-Lilienthal II, § 76, I.2.
33) So Rosenberg, JW 1931, S. 3282 f.
34) So Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3 b.
35) So Biermann, Bem. 2 a vor § 1113, sowie Planck-Strecker, a.a.O.
36) So Westermann, SR, § 101, II.3.a, sowie Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2.

II. Kapitel:
Inhalt und Bedeutung des § 1157 BGB

1.) Standort und Funktionen des § 1157 BGB im Grundpfandrechtssystem

a) § 1157 BGB und das System der Einwendungen und Einreden des Hypothekenrechts

Die Bestimmung des § 1157 ist nur verständlich aus ihrer Rolle im System der Einwendungen und Einreden des Hypothekenrechts. Bevor ein Blick auf ihre Einzelheiten geworfen werden kann, muß deshalb ihre Stellung im Rahmen jenes Systems untersucht werden[1]. Macht der Hypothekengläubiger sein Grundpfandrecht im Wege der Klage gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks geltend, so stehen diesem mehrere Arten von materiellrechtlichen Verteidigungsmitteln zur Verfügung, die sich in drei Gruppen einteilen lassen.

Die schärfste Waffe gegen die Hypothekenklage stellt die Einwendung dar, der Kläger und angebliche Hypothekengläubiger habe gar kein Recht zur Verwertung des Grundstückes. Eine solche Einwendung kann in zweifacher Gestalt geltend gemacht werden. Einmal kann der Eigentümer bestreiten, daß das Grundpfandrecht überhaupt besteht. Zum anderen kann er geltend machen, das Grundpfandrecht sei zwar entstanden, stehe aber ihm selbst zu oder sei auf einen anderen übergegangen. Bei materiellrechtlicher Betrachtung sind diese Einwendungen, die sich gegen den Bestand des Grundpfandrechts in der Hand des klagenden, angeblichen Hypothekars richten[2], keine eigentlichen Verteidigungsmittel[3]. Eine Verteidigung ist nur gegen ein tatsächlich vorhandenes Recht möglich; mit ihnen wird aber gerade geltend gemacht, der Kläger habe gar kein Verwertungsrecht.

---

1) Vgl. dazu die Darstellung bei Baur, SR, § 38, VII.,Westermann, SR, § 102, und Wolff-Raiser, SR, § 139, II., III.
2) Baur, a.a.O., 1.a), nennt sie "bestandsvernichtende (oder -verändernde) Einwendungen".
3) Vgl. Westermann, a.a.O., I.1.

Die zweite Gruppe wird jedoch von echten Verteidigungsmitteln gebildet, von Gegenrechten, die die Geltendmachung des dinglichen Verwertungsrechtes hemmen, ohne es seinem rechtlichen Bestande nach zu bestreiten. Es handelt sich dabei um die Einreden, die sich aus der Bestimmung des § 1137 ergeben. Wenn das Gesetz hier von "Einreden" spricht, so ist das nicht in dem engeren Sinne von "Leistungsverweigerungsrecht" gemeint, da der Eigentümer keine Leistung schuldet (sofern der nicht mit dem persönlichen Schuldner identisch ist); vielmehr bedeutet "Einrede" hier das "Recht, der Geltendmachung eines anderen Rechtes zu widersprechen"[4]. Diese Einreden lassen sich in zwei Untergruppen aufgliedern. Einmal stehen dem Eigentümer alle Einreden zu, die der persönliche Schuldner gegen die Hypothekenforderung hat, mit Ausnahme der Verjährungseinrede (§ 223) und der Einrede der beschränkten Erbenhaftung (§ 1137 Abs. I S. 2)[5]. Zum anderen kann der Eigentümer nach § 1137 in Verbindung mit § 770 aufschiebende Einreden geltend machen, wenn der persönliche Schuldner anfechten oder aufrechnen könnte[6]. Bei beiden Untergruppen handelt es sich um Gegenrechte, die in erster Linie gegen die gesicherte Forderung und nur mittelbar gegen die Hypothek gerichtet sind. Ist der Grundstückseigentümer nicht zugleich der persönliche Schuldner, so sind für ihn diese Einreden also praktisch solche aus fremdem Recht. Ein wichtiges verbindendes Moment ist für die beiden Untergruppen ferner, daß sie insgesamt dem Eigentümer eine Rechtsstellung gewähren, die der eines selbstschuldnerischen Bürgen sehr nahe kommt (§§ 768, 770). Sie können deshalb kurz als die "Bürgschaftseinreden" des Eigentümers bezeichnet werden[7].

---

4) Dazu im einzelnen Wolff-Raiser, SR, § 131, III.1., sowie § 139, III., wo darauf hingewiesen wird, daß dieser Einredebegriff sich dem landläufigen Einrede-begriff (Einrede = Leistungsverweigerungsrecht) gegenüber als Oberbegriff darstellt. A.A. jedoch Westermann, SR, § 94, II.4., der davon ausgeht, daß dem Hypothekar ein "dinglicher Anspruch"zusteht.

5) Baur, a.a.O., 1.b), spricht hier von "schuldnerbestimmten Einreden".

6) Baur, a.a.O., 1.c), bezeichnet sie als "Einreden aus Gestaltungsrechten".

7) Diese Bezeichnung gebraucht auch Fuchs, § 1137, Rdnr. 3. Auf die Ähnlichkeit mit der Rechtsstellung eines selbstschuldnerischen Bürgen weisen hin Baur, a.a.O., 1.b), c), Wolff-Raiser, a.a.O., III.1., 2., und Palandt-Hoche, § 1137, Anm. 1 c.

Die dritte Gruppe schließlich wird gebildet durch die Einreden des § 1157. Sie umfaßt ebenfalls echte Verteidigungsmittel, das heißt Gegenrechte, die nur die Geltendmachung der Hypothek abwehren, ohne diese ihrem rechtlichen Bestande nach zu bestreiten. Es handelt sich um Einreden, die sich auf ein zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger bestehendes besonderes Rechtsverhältnis stützen, auf einen Vertrag oder ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Eigentümer "als solchem"[8] und dem Hypothekar hinsichtlich der Hypothek als dingliches Recht[9]. Daß dem Eigentümer Einreden aus einem derartigen Rechtsverhältnis zustehen können, ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, wird aber in § 1157 vorausgesetzt[10]. So kann sich der Hypothekar zum Beispiel verpflichtet haben, sein dingliches Verwertungsrecht eine gewisse Zeit nicht geltend zu machen (Stundung der Hypothek) oder vor Geltendmachung der Hypothek zunächst einen Vollstreckungsversuch gegen den Schuldner der gesicherten Forderung zu unternehmen (Einrede der Vorausklage). Die aus solchen Verpflichtungen sich ergebenden Einreden gegen das dingliche Recht sind scharf von den beiden anderen Gruppen der Verteidigungsmittel des Eingentümers zu unterscheiden. Von den Einwendungen gegen das dingliche Verwertungsrecht werden sie dadurch abgegrenzt, daß es sich bei ihnen eben nicht um den Bestand des dinglichen Rechts bestreitende Einwendungen, sondern um Einreden handelt. Sie sind Rechte, aus denen sich die Befugnis ergibt, der Geltendmachung des bestehenden dinglichen Rechts zu widersprechen[11].

---

8) Eine Formulierung, die in den Motiven zum Entwurf des BGB für den Gläubiger des dinglichen Wiederherstellungsanspruches gebraucht wird, vgl. Mugdan III, S. 220.

9) Baur, a.a.O., 1.d), bezeichnet sie als "eigentümerbezogene Einreden".

10) So Westermann, a.a.O., III.1.

11) Anderer Ansicht ist allerdings Endemann, SR, S. 779, Anm. 30. Eine über den Wortlaut hinausgehende, ausdehnende Auslegung des § 1157, wie sie von Endemann vorgenommen wird, ist jedoch nicht notwendig. Es ergibt sich schon aus allgemeinen Regeln, daß der Eigentümer Nichtigkeitsgründe geltend machen darf. Nach völlig herr-schender Meinung ist heute eine scharfe Grenze zwischen den Einwendungen und den Einreden gegen das dingliche Recht zu ziehen, vgl. z.B. Baur, Westermann, Wolff-Raiser, a.a.O., und außerdem Planck-Strecker, § 1157, Anm.2, RGRK-Schuster, § 1157, Anm. 1, Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 14; Fuchs, § 1137, Rdnr. 4, zieht diese Grenze jedoch

Bei den "Bürgschaftseinreden" handelt es sich zwar ebenfalls um solche Widerspruchsrechte; gleichwohl ist aber auch ihnen gegenüber eine scharfe Grenze zu ziehen. Aus der Tatsache, daß es sich bei den in § 1157 vorausgesetzten Einreden um solche aus einem persönlichen Rechtsverhältnis handelt, kann nicht der Schluß gezogen werden, damit seien auch die Einreden gegen die durch das Grundpfandrecht gesicherte Forderung gemeint. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die §§ 1137, 1138 die mit den Einreden aus der gesicherten Forderung zusammenhängenden Fragen erschöpfend regeln, daß der § 1157 sich also nicht auf die Einreden bezieht, die dem Eigentümer eine bürgenähnliche Stellung verleihen[12]. Aus diesem Grunde kann der Bestimmung des § 1157 auch nicht die Auslegung gegeben werden, sie verschaffe lediglich den Einreden aus § 1137 Wirksamkeit gegenüber den Rechtsnachfolgern des ersten Hypothekars[13]. Da es sich um Einreden unmittelbar aus einem Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer selbst und dem Hypothekar handelt, kann man hier von "Eigeneinreden"[14] - von Einreden aus eigenem Recht[15] - sprechen. Damit wird zugleich die Abgrenzung zu den "Bürgschaftseinreden" deutlich zum Ausdruck gebracht: Bei jenen geht es ja praktisch um Einreden aus fremdem Recht.

---

ebenfalls nicht und gelangt so in Anm. 1.b)bb) zu § 1157 zu der Auslegung, daß diese Norm nur bei "dinglich wirkenden Einreden" (also nur bei Einwendungen gegen das dingliche Recht) Anwendung finde.

12) Ganz herrschende Meinung, vgl. besonders Grönhoff, S. 85 f., 95, Planck-Strecker, § 1157, Anm. 2, Raape, AcP 145, S. 344, RGRK-Schuster, § 1157, Anm. 1, Schuster, S. 135, sowie Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 14.

13) So aber Komanns, S. 42.

14) So Grönhoff, S. 87. Bei Fuchs, § 1137, Rdnr. 4, und bei Güthe-Triebel I, Bem. 40 vor § 13, wird dieser Begriff allerdings in einem weiteren Sinne gebraucht: Auch die Einwendungen gegen das dingliche Recht sollen dazugehören. Dadurch werden jedoch die Unterschiede nur unnötig verwischt.

15) So Eichler, II/2, S. 483. Im gleichen Sinne auch schon Turnau-Förster, § 1157, Anm. 2.

b) Bedeutung des § 1157 BGB
für den "Rechtsstatus" des Grundstückseigentümers

Der § 1157 spricht für die "Eigeneinreden" zunächst aus, der Eigentümer könne diese Einreden nicht nur dem Gläubiger entgegensetzen, zu dem er in dem die Einreden begründenden Rechtsverhältnis gestanden habe, sondern darüber hinaus auch einem Sondernachfolger dieses Gläubigers (§ 1157 S. 1). Der Eigentümer kann sich gegen eine Abtretung des Grundpfandrechtes nicht wehren, könnte jedoch durch sie Nachteile erleiden. Indem der § 1157 S. 1 hier den Schutz des Eigentümers übernimmt, erfüllt er anscheinend eine ähnliche Funktion wie der § 404 bei der Forderungsabtretung.

Vielfach wird dem § 1157 S. 1 allerdings gar keine selbständige Funktion, sondern nur deklaratorische Bedeutung zugesprochen: Gemäß § 413 soll der § 404 schlechthin auch für die Übertragung der Grundpfandrechte gelten[16]; daß die Regel des § 404 bei der Grundpfandrechtsabtretung auch für die "Eigeneinreden" gilt, soll der Gesetzgeber in § 1157 S. 1 nur wiederholt[17] und außer Zweifel gestellt haben[18]. - Vereinzelt wird die Funktion des § 1157 S. 1 aber auch darin gesehen, daß es sich um eine den Schutz des § 404 einschränkende Sonderbestimmung handele[19].

Dem § 1157 S. 1 kommt jedoch eine selbständige und von § 404 unabhängige Bedeutung zu. Es kann davon abgesehen werden, daß bei der Übertragung von dinglichen Rechten die Regeln der §§ 404 ff. keineswegs ohne weiteres gelten, sondern durch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb wesentlich modifiziert werden. Solange lediglich das Grundpfandrecht abgetreten wird, nicht aber ein Eintritt in das Schuldverhältnis erfolgt, aus dem die "Eigeneinreden" hervorgegangen sind, kann der § 404 aus einem anderen Grunde nicht

16) So Biermann, § 1157, Anm. 1.b), sowie Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 8. Nur für die Übertragung der Hypothek: Fuchs, § 1157, Anm. 1.a), sowie Schuster, S. 134. Für die Anwendbarkeit des § 404 auf die Übertragung von Grundpfandrechten auch RGZ 91, S. 225.
17) So Baur, SR, § 38, VII.2.a).
18) So Schuster, a.a.O., und Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 2 und 8.
19) So Eichler, II/2, S. 481 f., und Huber, S. 144.

für die "Eigeneinreden" gelten. Die dinglichen Verwertungsrechte[20] teilen eine allen Sachenrechten gerade im Hinblick auf die Übertragung wesentliche Eigenschaft: Sie sind abstrakt, und zwar ist die Hypothek in gleichem Maße abstrakt wie die Grundschuld[21]. Die Abstraktheit der Hypothek darf nicht unter Hinweis auf die Akzessorietät verneint werden[22]. Aus der Tatsache, daß das Gesetz Hypothek und gesicherte Forderung so eng miteinander verknüpft, daß es die Hypothekenabtretung praktisch als eine Forderungsabtretung behandelt[23], kann auch nicht die Anwendbarkeit des § 404 für die "Eigeneinreden" gefolgert werden[24]. Die gesicherte Forderung und die ihr entgegenstehenden Einreden sind scharf von dem obligatorischen Anspruch auf Sicherstellung und den gegen diesen gerichteten "Eigeneinreden" zu scheiden. Für das Verhältnis der ersteren zur Hypothek ist der Grundsatz der Akzessorietät maßgebend, für das der letzteren der Grundsatz der Abstraktheit. Aufgrund der Akzessorietät ist die Hypothekenabtretung rechtlich allerdings nichts anderes als die Abtretung der gesicherten Forderung, und das führt zur Anwendbarkeit des § 404 für die "Bürgschaftseinreden". Die Abstraktheit schließt jedoch die Anwendung des § 404 für die "Eigeneinreden" aus[25]. Ohne die Vorschrift des § 1157 S. 1 könnte also der Eigentümer seine "Eigeneinreden" einem Sondernachfolger des Grundpfandrechtsgläubigers nicht ent-

---

20) Der Unterschied zwischen den Grundpfandrechten als dinglichen Verwertungsrechten und den obligatorischen Ansprüchen wird verwischt, wenn von einem "dinglichen Anspruch" des Grundpfandrechtsgläubigers gesprochen wird, wie es geschieht bei Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 8, und Westermann, SR, § 94, II.

21) Vgl. dazu insbesondere Westermann, SR, § 93, II.4.b), und Wolff-Raiser, SR, § 132, II., sowie Serick II, S. 411, Anm.6 mit weiteren Nachweisen.

22) Das geschieht jedoch bei Fuchs, § 1157, Anm. 1.a), und auch Huber, S. 29 m. w. Nw., kommt dem sehr nahe, wenn er meint, durch die gesetzliche Verbindung zwischen Grundpfandrecht und Forderung erfahre der "abstrakte Charakter" der Hypothek eine Einschränkung.

23) Vgl. dazu Baur, SR, § 38, I.

24) So aber Baur, SR, § 38, VII.2.

25) Das verkennt Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 8, da er den irreführenden Begriff "dinglicher Anspruch" für das dingliche Verwertungsrecht verwendet.

gegenhalten[26]. Die besondere Bedeutung des § 1157 S. 1 besteht demnach darin, daß er die Abstraktheit der Grundpfandrechte im Ergebnis durchbricht, indem er den "Eigeneinreden" über das ihnen zugrunde liegende Schuldverhältnis hinaus Wirkungen auch gegen spätere Inhaber der Grundpfandrechte zuerkennt.

Der Gesetzgeber ist damit von der das BGB beherrschenden Systematik abgewichen, er hat den rein obligatorischen "Eigeneinreden" Wirkungen verliehen, die Mängeln des dinglichen Rechts selbst gleichkommen[27]. Dem liegt ein rein praktischer Gesichtspunkt zugrunde: Der Eigentümer des belasteten Grundstücks soll bei einer Grundpfandrechtsabtretung nicht unbillig benachteiligt werden[28]; weil er sich gegen die Abtretung des Grundpfandrechtes ebensowenig wehren kann wie der Schuldner gegen die Forderungszession, soll er auch in ähnlicher Weise geschützt werden wie jener. Indem § 1157 S. 1 eine Verschlechterung des "Rechtsstatus" des Eigentümers grundsätzlich verhindert, erfüllt er also bei der Grundpfandrechtsabtretung eine ähnliche Funktion wie der § 404 bei der Forderungsabtretung[29].

Diese Funktion erfüllt er aber nicht nur bei der Hypothek sondern in gleicher Art auch bei der Grundschuld[30]. Es ist nicht etwa so, daß der § 1157 S. 1 bei der Grundschuld noch

---

26) Davon gingen auch die Verfasser des BGB aus, vgl. Mugdan III, S. 391, 820 f., 986. Der gleichen Ansicht sind Erman-Westermann, § 1157, Anm. 1, Huber, S. 135 f., Palandt-Hoche, § 1157, Anm. 1)a), Planck-Strecker, § 1157, Anm. 1, Ramdohr, Gruch.Beitr. 44, S. 376, Schieb, S. 15, und Seggelke, S. 79.

27) § 1157 S.1 durchbricht die Abstraktheit nicht nur bei der Grundschuld, wie Fuchs, § 1157, Anm.1.a), behauptet. Zur Einwirkung der "Eigeneinreden" auf das dingliche Recht vgl.Baur, SR, § 45, III.1.c), sowie Kowalski, Grundschuld, S. 41 f. Den Ausnahmecharakter des § 1157 S.1 heben besonders hervor Ramdohr, Gruch.Beitr. 44, S. 376, und Seggelke, S. 79. Auch bei der Schaffung des § 1157 war man sich der beschriebenen Bedeutung dieser Norm bewußt, vgl. dazu Mugdan III, S. 820 ff.

28) Vgl. dazu Mugdan III, S. 821 f., 986.

29) Auf diese Ähnlichkeit weisen hin Erman-Westermann, § 1157, Anm. 1, Palandt-Hoche, § 1157, Anm. 1.a), Soergel-Siebert-Baur, § 1157, Rdnr. 1.

30) Daß der § 1157 für alle Arten von Grundpfandrechten gilt, ist allgemeine Ansicht, vgl.z.B. Erman-Westermann, § 1157, Anm. 1, Grönhoff, S. 83 m.zahlr.Nw., Palandt-Hoche, § 1157, Anm. 1)b), RGRK-Schuster, § 1157, Anm. 5, Soergel-Siebert-Baur, § 1157, Rdnr. 3, Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 15.

zusätzlich die Funktion des § 1137 übernimmt[31]. Der § 1137 gewährt dem Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks eine bürgenähnliche Stellung, gestaltet also den "Rechtsstatus" des Eigentümers selbst erst aus. Der § 1157 will dagegen den "Rechtsstatus" des Eigentümers, ganz gleich wie jener im einzelnen beschaffen sein mag, hinsichtlich der "Eigeneinreden" erhalten. § 1137 und § 1157 haben also ganzlich verschiedene Funktionen. Es ergibt sich aus dem Gesetz nichts, worauf die Ansicht gestützt werden könnte, der § 1157 erfülle bei der Grundschuld zusätzlich eine Funktion, die sich von der ihm primär zukommenden erheblich unterscheidet[32]. Das schließt allerdings nicht aus, daß diese Bestimmung für die Grundschuld größere praktische Bedeutung hat als für die Hypothek. Weil der "Rechtsstatus" des Eigentümers bei der Grundschuld wesentlich schwächer ist als bei der Hypothek, ist es für diesen im Gegenteil sogar besonders wichtig, daß auf Grund des § 1157 bei einer Abtretung der Grundschuld wenigstens die ihm zustehenden obligatorischen Rechte aus dem Sicherungsvertrag nicht verloren gehen[33].

c) Bedeutung des § 1157 BGB für den Rechtsverkehr

Die grundsätzliche Regelung des § 1157 S. 1 wird durch den § 1157 S. 2 wieder eingeschränkt, nach dem für die "Eigeneinreden" auch die Vorschriften der §§ 892, 894 - 899, 1140 gelten.

Vereinzelt wird dieser Bestimmung gleichfalls keine selbständige Funktion, sondern nur deklaratorische Bedeutung zugesprochen: Die §§ 892, 894 - 899, 1140 müßten auch ohne den § 1157 S.2 zur Anwendung gelangen, da sie Ausfluß all-

31) Das ist nicht klar gesehen worden von O.v.Gierke, S. 870, Anm. 47, S. 913, Anm. 20, ferner von Heck, SR, S. 412, sowie von Ritter, S. 23 f., und Seggelke, S. 78 ff.
32) Daß § 1157 für die Grundschuld keine andere Bedeutung haben kann als für die Hypothek, wird ausdrücklich hervorgehoben bei Grönhoff, S. 86, und Schuster, S. 135.
33) Auf diese besondere praktische Bedeutung des § 1157 für die Grundschuld wird schon in der Denkschrift zum Entwurf des BGB hingewiesen, vgl. Mugdan III, S. 986. Vgl. dazu ferner Brebeck, S. 39 ff., Grönhoff, S. 88 ff., RGRK-Schuster, § 1157, Anm. 5, Schieb, S. 16, Schuster, S. 135 ff., Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 15.

gemeiner, grundsätzlicher Rechtsgedanken seien[34]. Allein, der hier in Frage kommende allgemeine Rechtsgedanke des Schutzes rechtsgeschäftlichen Erwerbs vom Scheinberechtigten kann nur dann eingreifen, wenn tatsächlich ein Rechtsschein gegeben ist. Die Tatsache, daß die "Eigeneinreden" aufgrund des § 1157 S.1 auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundpfandrechts geltend gemacht werden können, reicht noch nicht aus, den ersten Grundpfandrechtsgläubiger für den Fall zu einem "Scheinberechtigten" zu machen, daß er zwar als Vollberechtigter eingetragen ist, sich aber eine "Eigeneinrede" entgegenhalten lassen muß. Aus der "Drittwirkung" der "Eigeneinreden" ergibt sich noch nicht zwingend eine Schmälerung der dinglichen Rechtsstellung des Gläubigers; es ist vielmehr auch denkbar, daß der spätere Erwerber des Grundpfandrechtes lediglich kraft Gesetzes in die obligatorische Rechtsstellung des ersten Gläubigers einrückt[35]. Dieser letzteren Auslegung des § 1157 S.1 wäre ohne die Bestimmung des § 1157 S.2 der Vorzug zu geben, weil es nach der Systematik des Gesetzes nur eine seltene Ausnahme ist, daß obligatorische Rechte dingliche Wirkungen entfalten. Da der als Vollberechtigter eingetragene Inhaber eines mit einer "Eigeneinrede" behafteten Grundpfandrechtes demzufolge nicht als Scheinberechtigter angesehen werden könnte, käme eine analoge Anwendung der §§ 892, 894 - 899, 1140 nicht in Frage. Die besondere Bedeutung des § 1157 S.2 besteht demnach zum einen darin, daß er die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Scheinberechtigten auch dann für anwendbar erklärt, wenn sich ein als Vollberechtigter eingetragener Grundpfandrechtsgläubiger "Eigeneinreden" entgegenhalten lassen muß, daß er also die "Gutglaubenswirkung" des Grundbuchs auf die "Eigeneinreden" erstreckt. Zum anderen liegt sie darin, daß er den Eigentümer zur Sicherung seiner Rechte auf die Grundbuchberichtigung (§ 894) und den Widerspruch (§ 899) verweist, obwohl es sich bei den "Eigeneinreden" um Rechte obligatorischen Ursprungs handelt.

---

34) So Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 8.
35) So wird der § 1157 S.1 z.B. gedeutet von Brebeck, S.39 f., und Ramdohr, Gruch.Beitr. 44, S. 376, ferner in der Entscheidung des LG Mainz, Hess.Rspr. 1910, S. 30.

Auch durch den § 1157 S.2 wird also die Systematik des BGB durchbrochen: Trotz ihres schuldrechtlichen Ursprungs werden die "Eigeneinreden" Regeln unterstellt, die an sich nur für dingliche Rechte geschaffen sind[36]. Dieser Ausnahmeregelung liegen ebenfalls rein praktische Gesichtspunkte zugrunde. Auch das Bestreben, den Eigentümer vor Schädigungen durch eine Grundpfandrechtsabtretung zu schützen, kann nicht daran vorbei gehen, daß die Grundpfandrechte dingliche Rechte sind, bei denen im Interesse des Rechtsverkehrs ein gutgläubiger, einwendungs- und einredefreier Erwerb möglich sein muß. Die Verkehrsfähigkeit der Grundpfandrechte würde erheblich eingeschränkt, wenn sich ein Erwerber in jedem Falle sämtliche "Eigeneinreden" entgegenhalten lassen müßte. Jeder Interessent könnte ja nur dann ein Grundpfandrecht gefahrlos erwerben, wenn er zuvor eingehende Nachforschungen nach etwaigen "Eigeneinreden" angestellt hätte[37]. Das Verkehrsinteresse auf der einen Seite und das Interesse des Eigentümers an der Erhaltung seines "Rechtsstatus" auf der anderen stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander, das der Gesetzgeber durch einen Kompromiß zu lösen versucht hat[38]: Während § 1157 S.1 den "Rechtsstatus" des Eigentümers grundsätzlich erhält, schränkt § 1157 S.2 im Verkehrsinteresse diesen Grundsatz zugunsten des redlichen Erwerbers wieder ein, gibt aber gleichzeitig dem Eigentümer Mittel in die Hand, einen gutgläubigen Erwerb zu unterbinden. Ist es demnach auf der einen Seite die Funktion des § 1157 S.1, eine Verschlechterung des "Rechtsstatus" des Eigentümers zu verhindern, so hat auf der anderen Seite der § 1157 S.2 eine Doppelfunktion, nämlich den redlichen Rechtsverkehr zu schützen und zugleich dem Eigentümer eine Sicherung seiner Rechte gegen die damit verbundenen Gefahren zu ermöglichen.

---

36) Auf den Ausnahmecharakter des § 1157 S.2 weisen besonders hin Biermann, § 1157, Anm. 1.b), und Kowalski, Grundschuld, S. 41 f. Fuchs, § 1157, Anm. 1.b)bb), hat die Durchbrechung der Systematik des BGB in § 1157 S.2 ebenfalls erkannt, deutet sie jedoch als "Mißgriff in der Fassung".

37) Baur, SR, § 38, VII.2., spricht sehr plastisch davon, daß es den Hypothekenmarkt "lahmlegen" würde, wenn die "Gutglaubensregel" keine Anwendung fände.

38) Vgl. dazu die Darstellung bei Baur, a.a.O. Aus den Materialien zum BGB ergibt sich deutlich, wie sehr die Gesetzesverfasser um einen billigen Interessenausgleich bemüht waren, vgl. Mugdan III, S. 821 f., 986.

2.) Einzelheiten der gesetzlichen Regelung

Die Auslegung des § 1157 hat sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum immer wieder Schwierigkeiten bereitet. Diese Schwierigkeiten lassen sich jedoch überwinden, wenn bei der Untersuchung der Einzelheiten der gesetzlichen Regelung die Funktionen dieser Bestimmung im Auge behalten werden.

a) "Drittwirkung" der "Eigeneinreden" (§ 1157 S.1 BGB)

In § 1157 S.1 wird vorausgesetzt, daß dem Eigentümer "Eigeneinreden" "auf Grund eines zwischen ihm und dem ... Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek" zustehen können. Dabei wird kein Unterschied gemacht, ob der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner der gesicherten Forderung ist oder nicht[39]. Andererseits kommt zum Ausdruck, daß jene Einreden lediglich dem Eigentümer zustehen, der die Vereinbarung mit dem Gläubiger getroffen hat, nicht aber seinem Sonderrechtsnachfolger[40]. Eine Übertragung auf den Sonderrechtsnachfolger ist allerdings nicht ausgeschlossen, wie immer sie auch im einzelnen rechtlich durchzuführen sein mag[41].

Von diesem Ausgangspunkt aus bestimmt der § 1157 S.1, daß der Eigentümer die "Eigeneinreden" nicht nur dem Gläubiger entgegensetzen kann, mit dem er sie vereinbart hat, sondern auch einem Sonderrechtsnachfolger dieses Gläubigers; die "Eigeneinreden" werden also mit einer Art "Drittwirkung" ausgestattet. Dabei handelt es sich nicht um zwingendes Recht.

---

39) Allgemeine Ansicht, vgl.z.B. Palandt-Hoche, § 1157, Anm. 1)a), Planck-Strecker, § 1157, Anm. 3.a), Soergel-Siebert-Baur, § 1157, Rdnr. 1.

40) Allgemeine Ansicht, vgl.z.B. Erman-Westermann, § 1157, Anm. 1, Palandt-Hoche, Planck-Strecker und Soergel-Siebert-Baur, a.a.O., sowie Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 3. Anders nur Komanns,S.42, der jedoch die Einreden des § 1157 mit denen des § 1137 vermengt und die unterschiedlichen Funktionen beider Bestimmungen nicht erkannt hat. Die Meinung von Komanns wird ausdrücklich abgelehnt von Stockmayer, S. 78.

41) Es ist umstritten, ob die "Eigeneinreden" isoliert abgetreten werden können, oder ob sie fest mit dem obligatorischen Rechtsverhältnis verknüpft sind, in dem sie ihren Ursprung haben; siehe dazu unten, S. 38 f.

Die Bestimmung dient dem Schutz des Eigentümers, und es steht diesem daher frei, vertraglich auf die Geltendmachung der "Eigeneinreden" gegen einen späteren Gläubiger zu verzichten[42].

Von besonderer Bedeutung ist: Der Eigentümer kann dem neuen Gläubiger nur die "Eigeneinreden" entgegensetzen, die ihm bereits gegen den alten Gläubiger zustanden; es muß sich um Einreden handeln, die schon vor der Abtretung des Grundpfandrechtes entstanden waren[43]. Es genügt also nicht, wenn eine Einrede vor der Abtretung lediglich ihrem Rechtsgrunde nach gegeben war, der sie im einzelnen wirksam machende Umstand[44] aber erst später eintrat[45]. Indem der § 1157 S.1 dem Eigentümer gegen den neuen Gläubiger nur die "Eigeneinreden" zugesteht, die vor der Abtretung schon "entstanden" waren, und damit die zu diesem Zeitpunkt lediglich "begründeten" Einreden ausschließt, weicht er wesentlich von der Regelung des § 404 ab[46]. Dieser Unterschied kommt im Wortlaut des § 1157 S.1 deutlich zum Ausdruck: Er befaßt sich nur mit der Einrede, die dem Eigentümer "zusteht", und spricht aus, sie könne "auch" dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Eine vom Wortlaut des § 1157 S.1 abweichende, ausdehnende Auslegung ist weder aufgrund der systematischen

---

42) So RG, HRR 1931, Nr. 940, sowie unter Berufung auf diese Entscheidung die herrschende Meinung, z.B. Erman-Westermann, § 1157, Anm. 2), Planck-Strecker, § 1157, Anm. 3.a), Soergel-Siebert-Baur, § 1157, Rdnr. 2.

43) So besonders nachdrücklich Huber, S. 143 f., 148 f., 163, 187. Gleicher Ansicht sind Eichler, II/2, S. 481 f., Palandt-Hoche, § 1157, Anm. 1)a), Serick, II, S. 424 f., 432 ff.(436), und wohl auch Dempewolf, Diss., S. 44 f., derselbe, Rückübertragungsanspruch S.55 ff., sowie Ripfel, DNotZ 1957, S.523.

44) Damit ist nicht die Geltendmachung der Einrede gemeint, sondern der Sachverhalt, der aufgrund des obligatorischen Rechtsverhältnisses zur Folge hat, daß die Einrede geltend gemacht werden kann ("Einredetatbestand").

45) So jedoch Planck-Strecker, § 1157, Anm. 2, sowie das RG, vgl. insbesondere RGZ 91, S. 218 ff.(225). Westermann, SR, § 116, III.3.b), lehnt zwar neuerdings die Rechtsprechung des RG ab, kommt ihr aber im Ergebnis dann doch wieder sehr nahe, wenn er gegen den Zessionar einer "Sicherungsgrundschuld", sofern dieser nur die Sicherungsabrede und die Art der gesicherten Forderung kennt, Einreden durchgreifen lassen will, die Folge einer zur Zeit der Abtretung schon bestehenden "Schwäche" der Forderung sind.

46) Das hebt nachdrücklich hervor Huber, S. 144; Baur, SR, § 38, VII.2.a), und Westermann, a.a.O., haben diesen Unterschied jedoch nicht gesehen.

Stellung dieser Vorschrift noch ihres Zweckes notwendig. Aus dem funktionellen Zusammenhang zwischen der Bestimmung des § 1157 S.1 und der des § 1157 S.2 ergibt sich vielmehr sogar eine Bestätigung. Damit die Grundpfandrechte ihre Verkehrsfähigkeit behalten, kann und soll der "Rechtsstatus" des Eigentümers nur soweit geschützt werden, als damit keine übermäßigen Beeinträchtigungen des Rechtsverkehrs verbunden sind. Ein gefahrloser Erwerb von Grundpfandrechten wäre jedoch - abgesehen von der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs - nahezu ausgeschlossen, wenn sich der Erwerber auch die nur "begründeten", aber noch nicht "entstandenen" Einreden entgegenhalten lassen müßte. Der Erwerber wäre dann für die gesamte - vielleicht sehr lange - Zeit seiner Rechtsinhaberschaft der Gefahr ausgesetzt, daß einmal eine Einrede aus dem der Grundpfandrechtsbestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis "entsteht". Einen so weitgehenden Schutz des Eigentümers bezweckt der § 1157 S.1 aber nicht[47]. - Der Eigentümer kann nach § 1157 S.1 dem neuen Gläubiger jede entstandene Einrede ohne Rücksicht darauf entgegensetzen, ob sie im Grundbuch eingetragen ist oder nicht[48]. Es wird auch kein Unterschied danach gemacht, wann die Einreden vor der Abtretung gegenüber dem alten Gläubiger entstanden sind. Das Grundpfandrecht kann vom Augenblick seiner Bestellung an "einredebehaftet" sein[49].

47) Westermann, a.a.O., meint allerdings, durch die von ihm neuerdings vertretene Lösung werde die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld nicht zu sehr eingeengt. - Für die hier gefundene Auslegung sprechen im übrigen auch die Überlegungen der Gesetzesverfasser, die in den Materialien zum BGB - vgl.Mugdan III, S. 821 f. - ihren Niederschlag gefunden haben: Man empfand es lediglich als unbillig, daß dem Eigentümer seine Einreden auch dann abgeschnitten würden, wenn der Erwerber zur Zeit der Abtretung wußte, daß dem Eigentümer Einreden "zustanden", und man wollte allein die Möglichkeit ausschließen, dem Eigentümer bewußt durch Abtretung diese Einreden zu entziehen.

48) Darauf weisen besonders hin Raape, AcP 145, S. 347, Strohal, Jher.Jb. 59, S. 197, Turnau-Förster, § 1157, Anm.2.

49) Mißverständlich ist die Äußerung von Ripfel, DNotZ 1957, S. 523, eine Einrede aus dem der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden Schuldverhältnis könne nicht von Anfang an zu einer solchen gemäß § 1157 gemacht werden, wohl aber dann, wenn die Bedingung für die Entstehung der Einrede eingetreten sei. Die "Eigeneinreden" müssen nicht erst zu Einreden im Sinne des § 1157 gemacht werden, sie sind es vielmehr automatisch vom Augenblick ihrer "Entstehung" an; für die "Entstehung" der Einreden ist allerdings der Eintritt der erforderlichen Bedingungen notwendig.

Der Ausnahmecharakter des § 1157 hat es erschwert, die "Drittwirkung" der "Eigeneinreden" rechtlich zu deuten[50]. Da für das BGB eine - wie immer geartete - dingliche Wirkung obligatorischer Rechte eine Systemwidrigkeit ist, lag zunächst die Deutung nahe, der § 1157 S.1 ordne eine sogenannte Passivsukzession des neuen Gläubigers in die obligatorische Rechtsstellung des alten an[51]. Dieser Deutungsversuch wird jedoch dem Zusammenhang nicht gerecht, in dem die beiden Sätze des § 1157 zueinander stehen. Wenn das Gesetz in § 1157 S.2 auf die "Eigeneinreden" Vorschriften für anwendbar erklärt, die nur für dinglich wirkende Rechte geschaffen sind, so ergibt sich daraus, daß dem § 1157 S.1 eine weitergehende Bedeutung zukommt, daß nicht nur ein Einrücken des neuen Gläubigers in die obligatorische Rechtsstellung des alten angeordnet wird. Weil man jedoch gleichwohl eine dingliche Wirkung der obligatorischen "Eigeneinreden" für unmöglich hielt, nahm an vereinzelt an, das Gesetz "fingiere" in § 1157 S.1 eine dingliche Rechtsänderung[52]. Auch dieser Deutungsversuch wird der Tragweite des § 1157 nicht gerecht. Fiktionen sind Hilfsmittel der Gesetzgebungstechnik. Sie erklären einen anderen Rechtssatz (oder einen Komplex von Rechtssätzen) dadurch als für einen neuen Tatbestand maßgeblich, daß sie diesen Tatbestand seiner wahren Natur entgegen unwiderleglich so umdeuten, daß er unter jenen Rechtssatz paßt[53]. Danach kann in § 1157 von einer Fiktion nicht gesprochen werden: In dieser Norm wird kein Tatbestand seiner wahren Natur entgegen umgedeutet, damit dadurch ein für einen anderen Tatbestand geschaffener Normenkomplex zur Anwendung gelangen kann; vielmehr wird ohne jede Einschränkung die "Drittwirkung" der "Eigeneinreden" angeordnet, und es werden die Regeln über den gutgläubigen Erwerb, Berichtigung und Widerspruch unmittelbar, ohne irgendwelche Hilfskonstruktionen für anwendbar erklärt. Abgesehen davon würde die Deutung, der § 1157 S.1 fingiere eine dingliche Rechtsänderung, auch keinerlei Aufschluß geben über die tatsächliche Tragweite dieser Norm. Die Fiktion würde allein bezwecken, das

50) Ein Überblick über die verschiedenen Konstruktionsversuche findet sich in der Entscheidung des KG, KGJ33,A,S.258ff.
51) So das LG Mainz, Hess.Rspr. 1910, S. 30, sowie Brebeck, S. 39 f., und Ramdohr, Gruch. Beitr. 44, S. 376.
52) So Turnau-Förster, § 1157, Anm. 2, S. 899 f.
53) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 30, II.2.b).

Dogma von dem scharfen Gegensatz zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten aufrecht zu erhalten. Es würde nur vertuscht, daß im Gegensatz zu jenem Dogma aus praktischer Erwägungen heraus die Abstraktheit der Sachenrechte durchbrochen und auch obligatorischen Rechten dingliche Wirkungen verliehen werden können. Betrachtet man den § 1157 S.1 isoliert, so mag es zwar noch zweifelhaft sein, wie die Anordnung auszulegen ist, nach der die "Eigeneinreden" jedem Rechtsnachfolger des Gläubigers entgegengesetzt werden können, also eine "Drittwirkung" entfalten. Aus dem systematischen Zusammenhang zwischen den beiden Sätzen des § 1157 folgt jedoch: Der § 1157 S.1 verleiht den "Eigeneinreden" Auswirkungen auf die dingliche Rechtslage[54]. Diese Auslegung wird am ehesten der Tatsache gerecht, daß § 1157 S.2 die "Gutglaubenswirkung" des Grundbuches auf die "Eigeneinreden" erstreckt, sowie Berichtigung und Widerspruch auch hinsichtlich dieser Einreden zuläßt. Auch der Zweck der Bestimmung spricht für eine solche Auslegung: Der Schutz des Eigentümers gegen den Verlust seines obligatorischen "Rechtsstatus" bei einer Veräußerung des dinglichen Rechts läßt sich am besten dadurch erreichen, daß die dingliche Rechtslage selbst der obligatorischen angepaßt wird. - Es ist also festzuhalten: Der § 1157 S.1 verleiht den "Eigeneinreden" Wirkungen, die eine Änderung der dinglichen Rechtslage bedeuten, ohne daß dafür eine Verlautbarung im Grundbuch - eine besondere "Verdinglichung" - erforderlich wäre.

---

54) Daß den "Eigeneinreden" durch den § 1157 "dingliche Rechtswirkungen" beigelegt werden, stellen ausdrücklich fest Grönhoff, S. 123, Huber, S. 143, 263, Kowalski, Grundschuld, S. 41 f., Münstermann, S. 34, Predari, § 19, Anm. 5, S. 329. Im gleichen Sinne wohl auch Raape, AcP 145, S. 347, sowie Serick, II, S. 412. Zweifelnd Trobitzsch, S. 54 f. Auch während der Vorarbeiten zum BGB war man sich bewußt, daß mit einer dem späteren § 1157 entsprechenden Bestimmung den "Eigeneinreden" "eine gewisse dingliche Kraft beigelegt" werde, vgl. Mugdan III, S. 391. Wenn Riedel, DNotZ 1954, S. 458, und Westermann, SR, § 101, II.3.a) am Ende, von einer mit Hilfe des § 1157 möglichen "Verdinglichung" der "Eigeneinreden" sprechen, so ist das insofern unrichtig, als eine "Verdinglichung" unmittelbar kraft Gesetzes durch § 1157 S.1 erfolgt, also nicht nur mit Hilfe des § 1157 ermöglicht wird. Fuchs, § 1157, Anm. 1.b)bb), hat zwar deutlich erkannt, daß in § 1157 den "Eigeneinreden" eine dingliche Wirkung beigelegt ist; er ist jedoch so stark in dem Dogma befangen, nach dem obligatorische Rechte niemals dingliche Wirkungen haben können, daß er glaubt, den § 1157 einschränkend auslegen und von einem "Mißgriff in der Fassung" sprechen zu müssen.

b) Gutgläubiger Erwerb
"einredebehafteter" Grundpfandrechte (§ 1157 S.2 BGB)

Der § 1157 S.2 erklärt direkt - ohne irgendwelche Hilfskonstruktionen - die §§ 892, 894 - 899, 1140 hinsichtlich der "Eigeneinreden" für anwendbar. Er setzt damit voraus: Durch die "Eigeneinreden" wird die dingliche Rechtslage verändert, sodaß das Grundbuch unrichtig ist, wenn es eine bestehende "Eigeneinrede" verschweigt[55]. Leugnet man hier die Unrichtigkeit des Grundbuches und spricht gar von einer "fingierten Unrichtigkeit", so wird dadurch nur um eines Dogmas willen die tatsächliche Bedeutung des § 1157 verdeckt. Man darf nicht die Augen vor der Tatsache verschließen, daß der § 1157 im Widerspruch zum Dogma obligatorischen Rechten Einfluß auf die dingliche Rechtslage gewährt. Dem Gesetzgeber war es offenbar wichtiger, die Lebenssachverhalte möglichst angemessen zu ordnen, als jenes Dogma konsequent durchzuführen[56].

Der von ihm vorausgesetzten Möglichkeit einer Unrichtigkeit des Grundbuches trägt das Gesetz einmal zugunsten des Rechtsverkehrs dadurch Rechnung, daß es einen gutgläubigen, einredefreien Erwerb auch eines "einredebehafteten" Grundpfandrechtes zuläßt (§ 1157 S.2 mit §§ 892, 1140)[57]. Zugunsten des redlichen Rechtsverkehrs gilt das Grundbuch auch dann als richtig, wenn es eine bestehende "Eigeneinrede" verschweigt. Der Erwerber eines Grundpfandrechtes braucht sich eine "Eigeneinrede" nicht entgegenhalten zu lassen, wenn diese beim Erwerb weder ihm persönlich bekannt war, noch aus dem Grundbuch oder dem Brief hervorging. Es gelten hier die

55) Gleicher Ansicht Huber, S. 143, Predari, § 19, Anm. 5, S. 329, Stockmayer, S. 32, Strohal, Jher.Jb. 59, S. 196, Weimar, S. 41, Westermann, SR, § 102, III.1. Auch das RG war offenbar dieser Meinung, vgl. RGZ 135, S. 357 ff.(365). Zweifel hat Trobitzsch, S. 54 f.

56) Die Unrichtigkeit des Grundbuchs wird jedoch geleugnet von Baur, SR, § 45, II.2., sowie Kowalski, Grundschuld, S. 41 f., und Münstermann, S. 34. Die genannten Autoren sprechen allerdings gleichwohl den "Eigeneinreden" dingliche Wirkungen zu. Von "fingierter Unrichtigkeit" sprechen Turnau-Förster, § 1157, Anm. 2.

57) Zu der Frage, ob § 893 ebenfalls - wenigstens analog - anwendbar ist, vgl. die ausführliche Stellungnahme bei Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 7, und außerdem Planck-Strekker, § 1157, Anm. 2, sowie Ramdohr, Gruch.Beitr.44, S. 376 f.

allgemeinen Regeln über den Schutz des redlichen Rechtsverkehrs im Liegenschaftsrecht. Diese gewähren insofern einen über die Regel des § 405 hinausgehenden Schutz, als grobfahrlässige Unkenntnis zur Zerstörung des guten Glaubens nicht genügt[58]. Im übrigen erwirbt danach der redliche Zessionar das Grundpfandrecht in vollem Umfang, ohne Rücksicht auf das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Zedenten[59]. - Zum andern gewährt der § 1157 S.2 auch dem Grundstückseigentümer Schutz gegen die Gefahren, die eine Unrichtigkeit des Grundbuchs für ihn mit sich bringen kann: Der Eigentümer kann die Berichtigung des Grundbuches oder die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuches verlangen, sobald ihm eine "Eigeneinrede" zusteht. Dabei ist gleichgültig, ob dem Eigentümer jene Einrede gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger des Grundpfandrechtes zusteht oder aber gegenüber einem späteren Erwerber[60].

Aus der Tatsache, daß das Gesetz Grundbuchberichtigung und Widerspruch im Hinblick auf die "Eigeneinreden" zuläßt, folgt: Obwohl diese Einreden in einem obligatorischen Rechtsverhältnis ihre Grundlage haben, sind sie eintragungsfähig, und zwar gilt das für sämtliche "Eigeneinreden"[61]; es kann

58) Zum Umfang des Gutglaubensschutzes im Rahmen des § 1157 vgl. besonders Soergel-Siebert-Baur, § 1157, Rdnr. 6, 7, und Ungewitter, S. 18, m.zahlr.Nw., ferner RGZ 91, S. 218 ff.

59) Für die gegenteilige Ansicht von Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 11, und Ungewitter,a.a.O., findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt; vgl. dazu Huber, S. 137.

60) So Planck-Strecker, § 1157, Anm. 3.c), und Turnau-Förster, § 1157, Anm. 2, S. 900. Fuchs, § 1157, Anm. 4.b), S. 505,will dagegen gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger weder Widerspruch noch Berichtigung zulassen, dem Eigentümer soll hier vielmehr nur ein obligatorischer Anspruch auf Herstellung des entsprechenden Buchzustandes zustehen. Für diese Auslegung ergibt sich aber weder aus dem Wortlaut noch dem Zweck des § 1157 ein Anhaltspunkt.

61) So die weitaus überwiegende Meinung, vgl.z.B. Baur, SR, § 38, VII.2., Biermann, Bem. 2.a) vor § 1113, Goldmann-Lilienthal, § 76, I.2., Grönhoff, S. 123 f., Güthe-Triebel, Bem. 4C vor § 13, Heck, SR, S. 413, Huber, S. 140 f., Münstermann, S. 34, Palandt-Hoche, § 1157, Anm. 3), Planck-Strecker, §1147, Anm. 3.c), sowie § 1157, Anm. 3.c), Predari, § 19, Anm. 5, S. 329, Rosenberg, JW 1931, S. 3282 f., Soergel-Siebert-Baur, § 1157, Rdnr. 4, Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 a (anders aber § 1191, Rdnr. 8 a), Westermann, SR, § 102, III.1., ferner folgende Entscheidungen: KGJ 33, A, S. 258 ff., KG, JW 1931, S. 3282 ff., LG Mainz, Hess.Rspr. 1910, S. 30.

kein Unterschied gemacht werden zwischen eintragungsfähigen und nicht eintragungsfähigen Einreden[62]. Es ist für die Eintragungsfähigkeit der "Eigeneinreden" auch gleichgültig, wann sie entstanden sind. Die Eintragung entstandener Einreden kann bereits in Verbindung mit der Eintragung des betroffenen Grundpfandrechtes erfolgen[63]. Weder der Wortlaut und die systematische Stellung, noch der Zweck des § 1157 ergeben hier Anhaltspunkte für eine einschränkende Auslegung. Der "Rechtsstatus" des Eigentümers soll in vollem Umfang geschützt werden, soweit Interessen des redlichen Rechtsverkehrs nicht entgegenstehen. Der Rechtsverkehr fordert aber nicht, zwischen schutzwürdigen und nicht schutzwürdigen "Eigeneinreden" zu unterscheiden und dementsprechend die Sicherung einiger Einreden durch Eintragung zu verneinen. Im übrigen ließe sich durch eine solche Unterscheidung die "Drittwirkung" der "Eigeneinreden" auch nur einschränken, aber nicht ausschließen: Durch den § 1157 S.1 ist die "Drittwirkung" ja sämtlichen "Eigeneinreden" ohne Unterschied und ohne Rücksicht auf eine Eintragung verliehen; durch eine Nichteintragung würde also lediglich die Möglichkeit eines redlichen Erwerbes erweitert.

3.) Obligatorisches Rechtsverhältnis und dingliches Verwertungsrecht

Nachdem die Einreden des § 1157 von den übrigen Verteidigungsmitteln des Eigentümers abgegrenzt, so-wie die Funktionen und Einzelheiten der Regelung des § 1157 genauer untersucht worden sind, kann nun eine erste wesentliche Vorfrage geklärt werden: Inwiefern wird das zwischen Eigentümer und Gläubiger bestehende obligatorische Rechtsverhältnis durch den § 1157 mit dem betroffenen dinglichen Verwertungs-

62) Das tun jedoch Erman-Westermann, § 1157, Anm. 4, J., ZKW 1952, S. 319 f., Janberg, BA 1936/37, S. 514 f., derselbe, DFG 1939, S. 57 f., und Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f.; unklar Dempewolf, Diss., S. 45 f., und derselbe, Rückübertragungsanspruch, S. 57.

63) So Güthe-Triebel, Bem. 40 vor § 13, sowie Heck, SR, S. 413. Nach der abweichenden Ansicht von J., ZKW 1952, S. 320, Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f., und Ripfel, DNotZ 1957, S. 521 ff., soll jedoch die Eintragungsfähigkeit bei der Bestellung des Grundpfandrechtes gewissen Beschränkungen unterliegen.

recht verknüpft ? Die Beantwortung dieser Frage gibt Aufschluß darüber, inwieweit es tatsächlich denkbar ist, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit hier in das Sachenrecht hineinwirkt.

a) Obligatorisches Rechtsverhältnis und "Eigeneinreden"

Vielfach wird gesagt, der § 1157 verleihe dem obligatorischen Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Gläubiger selbst unmittelbare dingliche Wirkungen[64]. Schon der Wortlaut der Norm geht jedoch aus von einem Unterschied zwischen der Einrede und dem Rechtsverhältnis, aufgrund dessen dem Eigentümer jene Einrede gegen das Grundpfandrecht zusteht. Außerdem ist aber der Normzweck auch nicht auf die Erhaltung von "Rechtsverhältnissen", sondern von "Rechten" des Eigentümers - den ihm zustehenden "Eigeneinreden" - gerichtet.

Eine Einrede ist ein subjektives Recht. Sie gewährt die Befugnis, der Geltendmachung eines bestehenden Rechtes zu widersprechen[65]. Das Gesetz hat hier die Beschränkung oder den Ausschluß der Geltendmachung eines bestehenden Rechtes nicht unmittelbar an einen bestimmten Umstand geknüpft. Es hat vielmehr jenem Umstand nur die Wirkung beigelegt, daß einer Person das Recht zusteht, durch eine Handlung diese Beschränkung herbeizuführen. Die auf diese Weise möglichen Einschrankungen können verschiedener Art sein. Sie bedeuten immer eine Beeinträchtigung des von der Einrede betroffenen Rechtes. Eine solche Beeinträchtigung kann sich darauf beschränken, daß der Berechtigte sein Recht für eine bestimmte Zeit nur mit dem Ziel der Sicherung geltend machen kann; sie kann aber auch so weit gehen, daß sie sich vom Erlöschen des betroffenen Rechtes nur dadurch unterscheidet, daß ihr Weg-

64) So z.B. Kowalski, Grundschuld, S. 41 f., Münstermann, S. 34, Predari, § 19, Anm. 5, S. 329, und wohl auch das KG in JW 1931, S. 3282. Fuchs, § 1157, Anm. 1.b)bb), S. 503 f., meint zwar ebenfalls, § 1157 S.2 bedinge eine Konstruktion, nach der schon der Abschluß des obligatorischen Abkommens einen dinglichen Tatbestand wirke; wegen der Systemwidrigkeit einer solchen Regelung leugnet er dann aber jede "Verdinglichung" obligatorischer Rechte durch den § 1157.

65) Zur Rechtsnatur der Einreden vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 226, I., Jhr, JuS 1964, S. 125 ff., Lehmann-Hübner, § 14,II, Wolff-Raiser, SR, § 139, III.

fall möglich bleibt[66]. Diese Rechtsbeeinträchtigungen werden erst dadurch herbeigeführt, daß der Einredeberechtigte der Geltendmachung des von der Einrede betroffenen Rechtes widerspricht, also sein Widerspruchsrecht ausübt. Bei den Einreden handelt es sich demnach um Gestaltungsrechte[67]. Von den Einreden zu unterscheiden ist das obligatorische Rechtsverhältnis als die übergeordnete Lebenseinheit - das die beteiligten Personen verbindende "soziale Band" -, aus der jene subjektiven Rechte lediglich folgen. Weiterhin sind von den Einreden aber auch die Ansprüche zu scheiden, die ebenfalls aus dem Schuldverhältnis folgen können, aufgrund ihrer Eigenarten jedoch eine besondere Gruppe subjektiver Rechte bilden[68]. Das obligatorische Rechtsverhältnis, die aus ihm folgenden Ansprüche und die ebenfalls auf ihm beruhenden Einreden sind also verschiedene Dinge, und es ist folglich unrichtig zu sagen, die Einreden des § 1157 stellten sich ihrem Wesen nach als persönliche Rechtsverhältnisse dar oder aber als schuldrechtliche Ansprüche[69].

Wie alle Gestaltungsrechte können jedoch auch die Einreden mehr oder weniger eng mit dem ihnen zugrunde liegenden Schuldverhältnis oder anderen aus diesem stammenden subjektiven Rechten - insbesondere Ansprüchen - verknüpft sein. So sind selbständige "Eigeneinreden" denkbar, die weder unlöslich mit dem Schuldverhältnis noch mit einem daraus fließenden Anspruch verknüpft sind. Ein Beispiel dafür ist die Einrede der "Stundung" des Grundpfandrechtes. Eine Verknüpfung der "Eigeneinrede" mit einem Anspruch besteht dagegen zum Beispiel bei der aus einem Bereicherungsanspruch folgenden Einrede der Bereicherung des Grundpfandrechtsgläubigers, die besonders bei Grundschulden denkbar ist[70]. Schließlich

---

66) Vgl. dazu im einzelnen Jahr, JuS 1964, S. 218 ff.
67) Daß es sich bei den Einreden um Gestaltungsrechte handelt, meinen auch Bötticher, Festschr.f.Dölle I, S. 49 ff., Enneccerus-Nipperdey, § 73, I.3.c), Jahr, JuS 1964, S. 293 ff. Seckel, Festgabe f. Koch, S. 209, 216, rechnet jedoch die Einreden nicht zu den Gestaltungsrechten.
68) Zur Natur des Schuldverhältnisses als eines "sozialen Bandes" vgl. Esser, § 25, 1.2. Zur Abgrenzung der verschiedenen Arten subjektiver Rechte Enneccerus-Nipperdey, § 73, I.
69) So jedoch Kowalski, Grundschuld, S. 41 f., Ramdohr, Gruch. Beitr. 44, S. 375 f., und Schieb, S. 14.
70) Vgl. dazu BGH, LM, § 1169 BGB Nr. 1 (Bl.1 R). Allerdings wird diese Einrede praktisch nur in seltenen Fällen gegeben sein, vgl. Huber, S. 79 ff.

können "Eigeneinreden" auch so fest mit dem ihnen zugrunde liegenden Schuldverhältnis verbunden sein, daß sie nur einer Partei jenes Rechtsverhältnisses zustehen. Ein wichtiges Beispiel dafür sind die Einreden, die dem Eigentümer dann zustehen, wenn eine "Sicherungsgrundschuld" nicht in Übereinstimmung mit dem im Sicherungsvertrag festgelegten Sicherungszweck geltend gemacht wird[71]. Der Grad der Selbständigkeit einer Einrede zeigt sich darin, ob sie isoliert abgetreten werden kann, oder aber nur mit einem Anspruch oder gar der Parteistellung übergeht[72]. Hierfür ist maßgebend, zu welchem Zweck die jeweilige Einrede verliehen worden ist, welchen Sinn die einzelne Gestaltungsbefugnis im Rahmen des jeweiligen Schuldverhältnisses hat. Es läßt sich also keine einheitliche Antwort auf die Frage geben, in welcher Weise der Eigentümer bei Veräußerung des Grundstückes seine "Eigeneinreden" dem Erwerber übertragen kann. Gleiches gilt für die Frage, wie stark jene Einreden an das Schuldverhältnis oder einen daraus fließenden Anspruch gebunden sind[73].

Daß demnach unter Umständen eine "Eigeneinrede" fest mit dem ihr zugrunde liegenden Schuldverhältnis oder einem daraus entsprungenen Anspruch verknüpft sein kann, bedeutet: In diesen Fällen erhalten zwangsläufig das betreffende

---

71) Es ist nicht richtig, diese Einreden lediglich als einen Reflex des vertraglichen Rückübertragungsanspruches zu sehen. Sie folgen unmittelbar aus dem Sicherungsvertrag und stehen dem Sicherungsgeber auch dann zu, wenn der Rückübertragungsanspruch abgetreten, gepfändet oder verjährt ist; vgl. dazu Huber, S. 78 f., 132 f. Als Reflex des Rückübertragungsanspruches werden diese Einreden jedoch z.B. behandelt vom RG in RGZ 91, S. 225, ferner von Dempewolf, Diss., S. 45 ff., J., ZKW 1952, S. 320, Ripfel, DNotZ 1957, S. 520 ff., sowie Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 3, § 1191, Rdnr. 8a. Für völlig selbständig hält sie dagegen anscheinend Westermann, SR, § 116, III.2.a).

72) Zur Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte im allgemeinen vgl. Seckel, Festgabe f. Koch, S. 220 ff.

73) Die Verfasser des BGB haben jedoch offenbar eine isolierte Abtretung und eine weitgehende Selbständigkeit sämtlicher "Eigeneinreden" für möglich gehalten, vgl. Mugdan III, S. 391. Der gleichen Ansicht sind Erman-Westermann, § 1157, Anm. 1, Grönhoff, S. 87, Palandt-Hoche, § 1157, Anm. 3.a), sowie das KG in JW 1931, S. 3284, wo von der Übertragbarkeit der "Rechte aus dem Rechtsverhältnis" die Rede ist und damit übergangen wird, daß unter Umständen eine Einrede nur zusammen mit allen Rechten und Pflichten aus jenem Rechtsverhältnis übertragen werden kann.

Schuldverhältnis oder der Anspruch in dem erweiterten Maße Einfluß auf die dingliche Rechtslage, in dem die Einrede von ihnen abhängig ist; wird die Einrede eingetragen, so wird damit gleichzeitig mittelbar das Schuldverhältnis oder der Anspruch im Grundbuch verlautbart[74]. Bei selbständigen "Eigeneinreden" hat jedoch das Schuldverhältnis ebenfalls insofern auf die dingliche Rechtslage Einfluß, als es ja den Ursprung auch jener Einreden bildet.

In jedem Falle stellen die "Eigeneinreden" "Medien" dar, durch die ein Schuldverhältnis mehr oder weniger intensiv auf die dingliche Rechtslage einwirkt. Eine unmittelbare dingliche Wirkung jenes Schuldverhältnisses selbst oder eines aus ihm hervorgegangenen Anspruches läßt sich dagegen aus § 1157 nicht herleiten. Nur die Einreden wirken nach dieser Bestimmung unmittelbar auf die dingliche Rechtslage ein, nur auf sie erstreckt sich die "Gutglaubenswirkung" des Grundbuches, und allein sie können in das Grundbuch eingetragen werden[75].

b) "Eigeneinreden" und dingliches Verwertungsrecht

Mit der Feststellung, die "Eigeneinreden" äußerten dingliche Wirkungen, ist noch nicht gesagt, in welchem Umfang damit diesen aus einem Schuldverhältnis stammenden Rechten Eingang in das Sachenrecht verschafft ist.

Es ist denkbar, daß die "Eigeneinreden" durch den § 1157 lediglich in ähnlich unvollkommenem Maße "verdinglicht" werden, wie schuldrechtliche Ansprüche mit Hilfe einer Vor-

---

74) Wenn Dempewolf, Diss., S. 47, und Rückübertragungsanspruch, S. 59, jedoch umgekehrt meint, durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Grundschuldrückübertragungsanspruches werde die Einrede aus dem Sicherungsvertrag im Grundbuch verlautbart, so ist das aus zwei Gründen unrichtig: Einmal kann jene Einrede nicht als Reflex des Rückübertragungsanspruches betrachtet werden, vgl. Huber, S. 78 f.; da auch künftige und bedingte Ansprüche vorgemerkt werden können, gibt eine Vormerkung des Rückübertragungsanspruches zum anderen keine Auskunft darüber, ob eine Einrede "entstanden" ist, was allein eine nach § 1157 relevante "Verlautbarung" im Grundbuch wäre.

75) Vgl. Huber, S. 140 f., 143, ferner KGJ 33, A, S. 258 ff., sowie OLG München, JFG 16, S. 291 ff. Von der Eintragungsfähigkeit einer "Abrede" wird jedoch gesprochen in der Entscheidung des LG Mainz, Hess. Rspr. 1910, S. 30.

merkung nach § 883[76]. Dementsprechend wäre zu unterscheiden zwischen einer "verdinglichten" "Eigeneinrede" und einem "Eingriff in den Inhalt" des betroffenen Grundpfandrechtes[77]. Angesichts eines solchen Unterschiedes könnte es fraglich sein, ob auf dem Umwege über den § 1157 überhaupt eine Gestaltung denkbar ist, die mit dem sachenrechtlichen "Typenzwang" in Konflikt kommt, das heißt zu einer dinglichen Veränderung der Grundpfandrechtstypen führt.

Inhaltsveränderung ist jeder Eingriff in den Gehalt eines Rechtes, der nicht Begründung, Übertragung, Belastung oder Aufhebung ist. Es muß sich um eine Änderung der Befugnisse des Rechtsinhabers handeln, entweder um eine Erweiterung oder um eine Einschränkung derselben. Ein dingliches Recht hat immer dann einen veränderten Inhalt, wenn der Berechtigte entweder erweiterte oder aber eingeschränkte Möglichkeiten hat, seine Interessen im Hinblick auf die Sache durchzusetzen, an der sein Recht besteht[78]. Das Maß der Veränderung ergibt sich jeweils daraus, welche Befugnisse ohne das verändernde Rechtsgeschäft bestehen würden, beziehungsweise wie der Gehalt des betroffenen Sachenrechts vom Gesetz geprägt worden ist, welche Möglichkeiten zur Durchsetzung seiner Interessen der Berechtigte also haben würde, wenn die Parteien sich mit der gesetzlichen Regelung seiner Befugnisse begnügt hätten.

Eine Einrede gewährt ihrem Inhaber die Befugnis, der Geltendmachung des von ihr betroffenen Rechtes zu widersprechen. Die Ausübung dieses Widerspruchsrechtes greift in den Inhalt des betroffenen Rechtes ein, indem sie die Befugnis zu seiner Geltendmachung für dauernd oder wenigstens für kürzere Zeit ausschließt. Die bloße Existenz eines Einrede-

---

76) Zur Unvollkommenheit der Verdinglichung durch Vormerkung vgl. Dulckeit, S. 25.

77) Diesen Unterschied macht insbesondere die Entscheidung des KG in JW 1931, S. 3282 ff., der Rosenberg, JW 1931, S. 3282 f., mit Einschränkungen zustimmt. Zum Teil unter Berufung auf die Entscheidung des KG vertreten die gleiche Ansicht Erman-Westermann, § 1157, Anm. 1, Planck-Strecker, § 1147, Anm.3.b), Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 c, Westermann, SR, § 102, III.1.

78) Zum Begriff der Inhaltsänderung bei dinglichen Rechten vgl. Baur, SR, § 19, C II., Westermann, SR, § 75, II.4., und Wolff-Raiser, SR, § 40, I.

rechtes hat keine so weitgehenden Folgen wie die Ausübung. Auch sie führt aber schon zu einer Rechtsbeeinträchtigung. Der Inhaber des betroffenen Rechts hat zwar noch die Möglichkeit, seine Interessen wahrzunehmen; diese Möglichkeit kann ihm jedoch durch den Einredeberechtigten jederzeit genommen werden. Seine Befugnisse sind gegen Eingriffe des Einredeberechtigten nicht mehr gesichert, seine Interessen entbehren insofern des rechtlichen Schutzes. Wirtschaftlich betrachtet besteht ebenfalls kaum ein Unterschied zwischen der Lage vor und nach Ausübung der Einrede. Angesichts dieses Befundes kann gesagt werden: Auch die bloße Existenz einer Einrede verändert schon den Inhalt des betroffenen Rechts; dieses ist nunmehr "einredebehaftet"[79].

Zwischen der inhaltlichen Einschränkung eines Grundpfandrechtes und der Beeinträchtigung durch eine "Eigeneinrede" bestehen allerdings hinsichtlich der Konstruktion gewisse Unterschiede. Die "Eigeneinrede" kann zwar aufgrund des §1157 grundsätzlich gegenüber jedem Inhaber des mit ihr behafteten Grundpfandrechtes geltend gemacht werden; wenn sie nicht durch besonderen Übertragungstatbestand auf den neuen Eigentümer übergegangen ist, steht sie aber nur demjenigen Eigentümer zu, der die die Einrede begründende Vereinbarung abgeschlossen hat. In vielen Fällen macht die Übertragung keine Schwierigkeiten. Ist eine "Eigeneinrede" jedoch fest mit dem ihr zugrunde liegenden Schuldverhältnis verknüpft, und ist deshalb eine Übertragung nur im Wege der Vertragsübernahme möglich, so zeigt sich deutlich ein Unterschied zwischen der Inhaltsveränderung und der Wirkung einer "Eigeneinrede". Wird die Zustimmung zur Vertragsübernahme verweigert, so geht mit der Veräußerung des Grundstückes die Einrede unter. Die "Eigeneinreden" haben die Relativität ihres obligatorischen Ursprungs noch nicht ganz abgestreift, sie wirken zwar schon "gegen jedermann", können aber nicht in jedem Fall durch Abtretung "für jedermann" wirksam gemacht werden. Demgegenüber wirkt der Inhalt eines Grundpfandrechtes für und gegen jeden späteren Eigentümer des belasteten Grundstückes.Gleich-

79) Daß schon das bloße Bestehen einer Einrede materiellrechtliche Wirkungen hat, heben hervor Lehmann-Hübner, § 14, II.5. Anders jedoch Jahr, JuS 1964, S. 295, Anm. 97.

wohl kann aber noch davon gesprochen werden, daß auch die "Eigeneinreden" schon allein durch ihr Bestehen den Inhalt der von ihnen betroffenen Grundpfandrechte verändern[80]. Auch ihre Existenz macht die Befugnis zur Geltendmachung des betroffenen Verwertungsrechtes weitgehend schutzlos, schränkt sie ein, und beeinträchtigt damit das Recht - nicht zuletzt in wirtschaftlicher Hinsicht. In den "gewöhnlichen" Fällen einer "Einredebehaftetheit" ist die Interessenlage nahezu die gleiche wie bei einer Inhaltsveränderung. Die Unterschiede in der Konstruktion sind praktisch ohne Bedeutung.

Als Ergebnis bleibt damit festzuhalten: Jede "Eigeneinrede" wirkt vom Augenblick ihrer Entstehung an automatisch wie eine inhaltliche Umgestaltung des betroffenen Grundpfandrechtes. Ein Einbruch der Vertragsfreiheit in das Sachenrecht, ein Konflikt mit dem sachenrechtlichen "Typenzwang", kann hier nicht mit der Begründung geleugnet werden, es bestehe ein wesentlicher Unterschied zwischen der Vereinbarung einer "Eigeneinrede" und der inhaltlichen Veränderung eines Grundpfandrechtes.

---

80) Gleicher Ansicht sind offenbar Goldmann-Lilienthal, § 76, I.2., Huber, S. 263, Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.c) (im Widerspruch zu § 1147, Anm. 3.b), Serick, II, S. 412, Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 a (im Widerspruch zu § 1113, Rdnr. 1 c), Strohal, Jher.Jb. 59, S. 196, Westermann, SR, § 101, II.3.a) (im Widerspruch zu § 102, III.1.), Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2., ferner die Entscheidung des KG in KGJ 35, A, S. 310 ff.(313). Kowalski, Grundschuld, S. 41 f., leugnet zwar eine Beeinträchtigung der materiellen dinglichen Rechtslage durch die "Eigeneinreden", meint aber dann doch, die persönlichen Rechtsbeziehungen griffen tief in das dingliche Recht ein. Rosenberg, JW 1931, S. 3282 f., räumt trotz seiner Zustimmung zur Entscheidung des KG in JW 1931, S. 3282 ff., ein, praktisch und wirtschaftlich gesehen sei der Unterschied gegenüber einer Inhaltsänderung nicht so groß. - Wenn der § 1157 den "Eigeneinreden" aber die Wirkungen einer Inhaltsänderung beilegt, ohne dafür eine Verlautbarung im Grundbuch zu verlangen, schränkt er allerdings die Vorschrift des § 877 ein, vgl. Raape, AcP 145, S. 347.

III. Kapitel:
Allgemeine Grenzen der Privatautonomie und "Typenzwang" im Sachenrecht

Die Untersuchung hat ergeben, daß auf dem Umwege über den § 1157 tatsächlich in den Inhalt der Grundpfandrechte eingegriffen werden kann. Die Bedeutung des § 1157 besteht dabei nicht nur darin, daß er einen Weg zur Umgestaltung der Grundpfandrechtstypen "eröffnet"; er bewirkt vielmehr, daß sich die Grundpfandrechte "automatisch" bestimmten schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Eigentümer inhaltlich anpassen. Eine Umgestaltung wird also nicht nur ermöglicht, sondern sie ist kraft des § 1157 verbunden mit jeder schuldrechtlichen Vereinbarung, die Gläubiger und Eigentümer hinsichtlich der Geltendmachung des Grundpfandrechtes miteinander treffen. Daraus ist jedoch noch nicht ohne weiteres der Schluß zu ziehen, der § 1157 gestatte jede in seinem Wirkungsbereich denkbare Umgestaltung der Grundpfandrechtstypen, sei also tatsächlich als ein Hebel zur Durchbrechung der Typenordnung gedacht. Zunächst muß vielmehr untersucht werden, in welcher Weise dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht grundsätzlich Grenzen gesetzt sind. Dabei muß sich zeigen, wie die Bestimmung des § 1157 zu beurteilen ist. Handelt es sich bei ihr wirklich um eine "Erlaubnisnorm", die in ihrem Wirkungsbereich gestattet, die vom Gesetz geschaffenen Sachenrechtstypen in "beliebiger" Weise umzugestalten ? Zunächst muß also gefragt werden: Was bedeutet es, wenn vom "Typenzwang im Sachenrecht" gesprochen wird ? Welche Grenzen sind der Privatautonomie im Sachenrecht gezogen, und in welcher Weise können sie überschritten sein ? Mit Hilfe welcher Maßstäbe läßt sich die Zulässigkeit einzelner Gestaltungen ermitteln ?

Der "Typenzwang" wird häufig in einer Gegenüberstellung von Sachenrecht und Schuldrecht verdeutlicht. Während im Schuldrecht die Parteien in der Ausgestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen nur durch besondere Verbote beschränkt sein sollen, soll im Sachenrecht der "umgekehrte Grundsatz"

gelten, nach dem alles verboten ist, was nicht ausnahmsweise vom Gesetz erlaubt wird. Von den Vertragstypen des Schuldrechts sollen die Parteien grundsätzlich in beliebiger Weise abweichen können, im Sachenrecht sollen dagegen Typenänderungen regelmäßig verboten sein. Vertragsfreiheit im Schuldrecht und "Typenzwang" im Sachenrecht werden also als prinzipielle Gegensätze dargestellt[1]. Es ist deshalb nützlich, einen Blick auf die schuldrechtliche Vertragsfreiheit und ihre allgemeinen Grenzen zu werfen und erst dann die Grenzen der Privatautonomie im Sachenrecht zu untersuchen.

1.) Vertragsfreiheit und Sinn der Rechtsinstitute

Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit war in der Entstehungszeit des BGB eine solche Selbstverständlichkeit, daß sie im Gesetz nicht besonders ausgesprochen, sondern stillschweigend vorausgesetzt wurde. Wie man eine ausdrückliche gesetzliche Sanktionierung der Vertragsfreiheit nicht für notwendig hielt, so glaubte man aber auch, bei der gesetzlichen Regelung ohne eine generelle Grenze für die Privatautonomie auskommen zu können. Zwar betrachtete man es als eine Verletzung der durch das Recht gesetzten "öffentlichen Ordnung", vertraglich Vorschriften außer Kraft zu setzen, die den Zweck haben, "die Rechtsverwirklichung in ordnungsmäßiger und gerechter Weise sicherzustellen"[2]. Unter dem Einfluß des Liberalismus vertraute man jedoch darauf, daß im Rechtsverkehr jeder selbst für die Wahrung seiner Interessen sorgen könne und werde[3]. So kennt das BGB nur zwei allgemeine Schranken der Privatautonomie, nämlich den Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) und die Verletzung der guten Sitten (§ 138).

---

1) Vgl. z.B. die einprägsame Darstellung bei Baur, Grundstücksrecht, S. 13 f.
2) So heißt es in den Motiven zum BGB, Mugdan III, S. 380, im Zusammenhang mit dem Verbot der Abrede des Privatverkaufs: "...Ein solcher Vertrag ist ohnehin schon um deswillen für ungültig zu erklären, weil es gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wenn der eine oder der andere Teil von vornherein auf die Anwendung derjenigen Formen verzichtet, welche das Gesetz vorschreibt, um die Rechtsverwirklichung in ordnungsmäßiger und gerechter Weise sicherzustellen...".
3) Vgl. Raiser, AGB, S. 278, und JZ 1958, S. 2.

Angesichts dieser gesetzlichen Regelung hat sich die Meinung gebildet, die gesetzlichen Verbote und die guten Sitten seien die einzigen Schranken, an die sich die Parteien im Schuldrecht halten müßten; die Vertragstypen des Gesetzes seien im übrigen lediglich ein unverbindlicher Vorschlag, an den sich die Parteien halten könnten oder auch nicht[4]. Die Vorstellung von eine "schrankenlosen", nur durch gesetzliche und sittliche Verbote begrenzten Vertragsfreiheit ist jedoch unzutreffend. Diese Erkenntnis setzt sich immer mehr durch. Die Erschütterung des liberalen Glaubens an das ausgleichende Zusammenspiel der individuellen Kräfte hat den Sinn dafür geschärft, daß es die Aufgabe einer jeden Rechtsordnung ist, jene Kräfte zu bändigen und in vorgeformte Bahnen zu lenken, und daß deshalb der Vertragsfreiheit auch dann Schranken immanent sind, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich aufrichtet[5].

Die immanenten Schranken der Vertragsfreiheit haben materiellen und nicht nur formellen Charakter. Sie sind also nicht in genügender Weise erfaßt, wenn etwa folgendermaßen argumentiert wird: Der Einzelne könne nur in den Akten rechtsgestaltend handeln, welche ihm nach der Rechtsordnung dafür zur Verfügung ständen, und er könne nur solche Rechtsverhältnisse und diese nur in der Weise gestalten, wie es von der Rechtsordnung anerkannt werde; die privatautonome Gestaltung in diesem Rahmen sei jedoch einem rechtlichen Urteil über ihre "Richtigkeit" unzugänglich, da anderenfalls die "Privatautonomie als Mittel zur Verwirklichung einer von der Gesamtheit her als gerecht und zweckmäßig verfügten Ordnung media-

4) So z.B. Baur, Grundstücksrecht, S. 13, der die Vertragstypen des Schuldrechts als "Auswahlsendung", als "frommen Wunsch" charakterisiert. Bei Enneccerus-Nipperdey, § 49, III., wird diese Meinung als die bisher herrschende bezeichnet.

5) Vgl. Betti, Festschr.f.Wenger I, S. 249 ff.(262, 264 f., 280), und besonders Raiser, AGB, S. 277 ff.(278 f., 282), sowie DJT-Festschr. I, S. 131. Auf den Gedanken von Raiser und Betti baut auf Kuhn, S. 35 ff., 148, 151. In ähnlicher Weise wenden sich gegen die Auffassung von einer "schrankenlosen" Vertragsfreiheit Enneccerus-Nipperdey, § 49, III. mit zahlreichen Nachweisen zu Ansätzen in dieser Richtung. Andeutungen eines solchen Gedankenganges finden sich außerdem schon bei Endemann, Schuldverhältnisse, S. 594 f., und vor allem bei v. Tuhr, AT, II/1, S. 183 f.

tisiert" werde[6]. Aus dem Wesen des Rechts als einer sinn- und zweckhaften Gemeinschaftsordnung folgt vielmehr, daß die Akts- und Geschäftstypen nicht ein wertneutrales "Instrumentarium" zur Verwirklichung beliebiger Geschäftszwecke darstellen, sondern daß sie vom Recht nur zum Gebrauch im Rahmen des rechtlich geordneten Gemeinschaftslebens zur Verfügung gestellt oder anerkannt sind und darum nicht "ordnungswidrig" verwendet werden dürfen. Es muß also unterschieden werden zwischen "richtigem" und "falschem" Gebrauch der Akts- und Geschäftstypen und damit auch zwischen "richtigem" und "falschem"Gebrauch der Vertragsfreiheit[7].

Auf der Suche nach Maßstäben dafür, welcher Gebrauch der Vertragsfreiheit "richtig" ist, kann zunächst auf die Erkenntnisse der Interessen- und Wertungsjurisprudenz zurückgegriffen werden. Das Recht ordnet das Zusammenleben in der Gemeinschaft dadurch, daß es die verschiedenartigen widerstreitenden, ineinandergreifenden oder auch parallellaufenden Interessen gegeneinander abwägt, abgrenzt und wertet. Die Rechtsnormen enthalten also Interessenwertungen[8], die als Maßstab für den "richtigen" Gebrauch der Vertragsfreiheit dienen können.

Das Recht ordnet jedoch das Gemeinschaftsleben nicht ausschließlich durch Abwägung widerstreitender Interessen; im Gesetz sind vielmehr auch andere Wertentscheidungen enthalten, die allerdings reflexartig auf den Widerstreit gleichzeitig im Spiel befindlicher Interessen einwirken können[9]. Ist eine Privatrechtsordnung nur von dem Gedanken

---

6) In dieser Weise werden die Grenzen der Vertragsfreiheit umschrieben von Flume, DJT-Festschr. I, S. 136 f., 141 ff. (143), 147 ff., und Rechtsgeschäft, S. 1 f., 8, 12 f.

7) Für diese Unterscheidung plädiert insbesondere Raiser, AGB, S. 277 ff.(279, 282 f.).

8) Im einzelnen kann hier auf die Interessen- und Wertungsjurisprudenz nicht eingegangen werden. Es sei nur hingewiesen auf die knappen, grundlegenden Ausführungen bei Heck, Problem der Rechtsgewinnung, S. 28 ff., und Westermann, Interessenkollisionen, S. 4, sowie auf die kritische Darstellung bei Larenz, Methodenlehre, S. 47 ff. und 123 ff.

9) In ähnlicher Weise wendet sich Westermann, Interessenkollisionen, S. 4, dagegen, das Gesetz ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Bewertung von Privatinteressen zu sehen. Das Gesetz verfolge auch "Zwecke der Allgemeinheit materieller und ideeller Natur", die ihrerseits folgeweise auf den Interessenstreit einwirkten. Es lasse sich infolgedessen neben der

beherrscht, den Bürgern als Individuen einen Raum zu eigenverantwortlicher, freier Aktivität zu garantieren, so kann sie sich zwar darauf beschränken, den Einzelpersonen subjektive Rechte zuzuteilen und die so geschaffenen individuellen Rechtssphären abzugrenzen, und das kann sie erreichen durch Abwägung der aufeinanderprallenden Interessen. Unsere Rechtsordnung ist jedoch nicht nur auf den Ausbau und Schutz des Wirkungsbereiches der Einzelpersonen ausgerichtet. Sie ist vielmehr ebensosehr von dem Bestreben beherrscht, Formen für die Beziehungen zwischen den Einzelpersonen auszugestalten und dadurch aus dem bloßen Nebeneinander der Individuen ein fruchtbares Miteinander zu machen[10]. Sie geht dabei aus von den Verhaltensweisen für wiederkehrende typische Situationen und den Beziehungsformen, die im sozialen Leben vorzufinden sind und die die Soziologie als "Institutionen" charakterisiert. Diese "Institutionen" werden in mehr oder weniger großem Umfang in die rechtliche Regelung aufgenommen und dadurch befestigt oder umgeformt. Andererseits werden auch neue Beziehungsformen geschaffen, wo sich ein Bedürfnis dafür zeigt. So wird das Handeln der Einzelpersonen gleichsam "kanalisiert", und es wird der "richtige" Gebrauch der individuellen Befugnisse und Freiheiten "organisiert". Der Niederschlag dieses Verfahrens ist die Ausbildung von Rechtsinstituten. Bei diesen handelt es sich also nicht um bloße Systembegriffe, mit denen ein Komplex von Rechtsnormen abgekürzt bezeichnet wird. Mit jedem Rechtsinstitut wird vielmehr ein typisches Lebensverhältnis in das Recht aufgenommen und damit meistens zugleich in mehr oder weniger großem Umfang gewertet und dieser Wertung entsprechend geordnet[11].

---

bewußten Interessenbewertung auch eine Reflexwirkung auf die Einzelinteressen feststellen, die gewissermaßen als Nebenprodukt bei der Verfolgung allgemeiner Ziele abfalle. Dabei meint Westermann mit den "Zwecken der Allgemeinheit" aber anscheinend die "öffentlichen Interessen" und verharrt so doch noch bei der einseitigen Betrachtung des Gesetzes unter dem Gesichtspunkt der Interessenwertung.

10) Das betont besonders eindringlich Raiser, Summum ius, S. 145 ff.(146 ff., 161 f.).

11) Vgl. im einzelnen Raiser, Summum ius, S. 145 ff., 146 ff., 148 Anm. 7,8, 149 Anm. 9 m.w.Nw., und Larenz, Methodenlehre, S. 327 ff. Ansätze dazu sind zu finden z.B. bei Betti, Festschr.f.Koschaker I, S. 296 ff., demselben, Festschr.f.Wenger I, S. 249 ff., sowie schon bei Vetsch, S. 7 f., 11.

Bei der Ausgestaltung der Rechtsinstitute können und werden zwar in der Regel auch die in dem jeweiligen Lebensverhältnis aufeinandertreffenden Interessen abgegrenzt und gewertet. Zugleich kann sie jedoch - wenn auch in unterschiedlich starkem Maße - deutlich werden lassen, mit Hilfe welcher Geschäftsformen nach der Vorstellung des Gesetzes welche typischen Geschäftszwecke in "gerechter" Weise verwirklicht werden können und sollen. Jedenfalls in den grundlegenden Strukturprinzipien der Rechtsinstitute werden oft solche Wertvorstellungen "verobjektiviert" sein[12]. Die grundlegenden Strukturprinzipien der Rechtsinstitute, die typischen Lebensverhältnisse, über denen sie als "Überbau" errichtet sind, und die typischen Geschäftszwecke, die einerseits das jeweilige Lebensverhältnis kennzeichnen und andererseits mit Hilfe des entsprechenden Rechtsinstitutes verwirklicht werden können, müssen also im Zusammenhang gesehen werden.

Angesichts eines solchen Zuschnittes der Rechtsinstitute auf bestimmte typische Lebensverhältnisse und bestimmte typische Geschäftszwecke muß bezweifelt werden, daß die Vertragsfreiheit die Rechtsgenossen zu einer beliebigen Verwendung und Veränderung dieser Rechtsfiguren ermächtigt. Es drängen sich vielmehr die Fragen auf: Darf ein Rechtsinstitut überhaupt im Rahmen eines Lebensverhältnisses oder zur Verwirklichung von Geschäftszwecken verwendet werden, die in wesentlichen Momenten von denen abweichen, auf die es zugeschnitten ist ? Darf seine Struktur verändert und so jenem abweichenden Lebensverhältnis und den fremden Geschäftszwecken angepaßt werden ? Ist es zulässig, ein Lebensverhältnis nicht mit Hilfe desjenigen Rechtsinstitutes zu ordnen, das vom Gesetz dafür vorgesehen ist, sondern mit Hilfe eines "fremden" Institutes ? Es darf hier nicht außeracht gelassen werden, daß mit dem Zuschnitt der Formen der Rechtsinstitute

---

12) Welche Wertvorstellungen das im Einzelnen sind, ist eine Frage der Auslegung. Für diese kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber jeweils ein selbständiges Werturteil gefällt oder aber nur ein Rechtsinstitut aus früherem Recht übernommen hat, überhaupt sind die subjektiven Wertvorstellungen der Gesetzesverfasser nicht entscheidend. Maßgebend ist vielmehr der "normative Gesetzessinn", vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 237 f.

auf typische Geschäftszwecke Wertentscheidungen verbunden sein können[13].

Nun sind allerdings im Schuldrecht die Rechtsinstitute regelmäßig in dispositivem Recht normiert. Auch Dispositivnormen enthalten jedoch nicht nur eine beliebige Regelung; vielmehr haben sie insofern eine Ordnungsfunktion, als sie darüber Auskunft geben, was das Gesetz als die "normale" Ordnung des Gemeinschaftslebens ansieht. Die durch sie festgelegte Struktur eines Rechtsinstitutes ist dementsprechend als die "normale", angemessene und natürliche Ordnung des betreffenden typischen Lebensverhältnisses anzusehen. Darüber hinaus kann aber die Ausbildung einer solchen "normalen" Ordnung für ein typisches Lebensverhältnis auch Ausdruck weitergehender Ordnungsvorstellungen sein. Es kann sich aus ihr ergeben, daß jenes typische Lebensverhältnis nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur in der Form desjenigen Rechtsinstitutes "gerecht" geordnet werden kann, das vom Gesetz dafür vorgesehen ist. Inwieweit die Strukturprinzipien eines Rechtsinstitutes jeweils auf derartige besondere Ordnungsvorstellungen zurückzuführen sind, muß in jedem einzelnen Fall im Wege der Auslegung ermittelt werden. Ein wesentlicher Anhaltspunkt dafür können die Funktionen sein, die das betreffende Rechtsinstitut in der Rechtsordnung zu erfüllen vermag[14].

Gewährte das Recht mit der Vertragsfreiheit dem Einzelnen die Befugnis, die Rechtsinstitute entsprechend seinen Bedürfnissen nach Belieben umzugestalten und sich dabei auch über die Strukturprinzipien hinwegzusetzen, die Ausdruck

---

13) Mit der hier angerührten Problematik hat sich besonders auseinandergesetzt Betti, Festschr.f.Koschaker I, S. 296 ff. Außerdem ist sie schon gestreift worden bei der Behandlung der Treuhandverhältnisse, vgl. z.B. Siebert, Treuhandverhältnis, S. 1 ff.(3), und besonders bei der Behandlung der Sicherungsübereignung ist man auf sie gestoßen, vgl. z.B. Boehmer, Grundlagen II/2, S. 141 ff.(143), und Weinhausen, S. 47 ff. (51, 53). Schließlich durchziehen diese Fragen die Arbeit von Vetsch, vgl. z.B. S. 11, 17 ff., 77 f., 94, 258 f.

14) Zum Wertgehalt dispositiven Rechts vgl. im einzelnen besonders Raiser, AGB, S. 293 ff., ferner Enneccerus-Nipperdey, § 49, III., und schließlich Kuhn, S. 151 f. Kuhn weist auch vor allem auf die Bedeutung der Funktionsanalyse für die Herausarbeitung der bindenden Ordnungsgrundsätze hin.

besonderer Ordnungsvorstellungen sind, so wäre das ein "Akt resignierenden Selbstverzichts" auf die betroffenen Wertentscheidungen. Soll das Recht seine Aufgabe erfüllen, das Leben in der Gemeinschaft zu ordnen, so muß es vielmehr darauf bestehen, daß die Bürger jene Ordnungsgrundsätze und die entsprechenden Wertentscheidungen beachten[15]. Aus dem Wesen des Rechts als einer sinn- und zweckhaften Gemeinschaftsordnung folgt also, daß die Vertragsfreiheit die Bürger nicht ermächtigt, sich über die Ordnungsgrundsätze hinwegzusetzen und Wertentscheidungen zu mißachten, die in den Strukturprinzipien der Rechtsinstitute ihren Niederschlag gefunden haben. Ein Gebrauch der Vertragsfreiheit zu einer Umgestaltung der Vertragstypen, die gegenüber den in diesen enthaltenen Ordnungsgrundsätzen blind ist, ist ein Mißbrauch, der außerhalb des Rechts liegt und keinen Rechtsschutz genießt[16].

2.) "Typenzwang" und "Elastizität" der Sachenrechtsinstitute

Da die früher herrschenden Vorstellungen über die Vertragsfreiheit im Schuldrecht und ihre Grenzen korrigiert werden müssen, gerät das Bild ins Zwielicht, das heute noch - jenen alten Vorstellungen entsprechend - von den Möglichkeiten privatautonomen Handelns im Sachenrecht entworfen wird.

---

15) In diesem Sinne Kuhn, S. 144 f. Allerdings spricht er von "zwingenden Normen". Daß das Recht dem Einzelnen nicht die Freiheit gewährt, solche Normen oder Rechtsgrundsätze zu mißachten, ist jedoch selbstverständlich, wenn die Bezeichnung als "zwingend" überhaupt einen Sinn haben soll. Dagegen ist es nicht selbstverständlich, daß die Ordnungsgrundsätze, die das dispositive Recht durchziehen, zwingenden Charakter haben. Zur Begründung dieses zwingenden Charakters kann die Argumentation von Kuhn herangezogen werden, und in diesem Sinne ist sie wohl auch gemeint. Daß derartige Gedanken im übrigen auch den Verfassern des BGB nicht fernegelegen haben, ergibt die oben zitierte (S. 44, Anm.2) Bemerkung in den Motiven zum BGB, Mugdan III, S. 380.

16) In diesem Sinne besonders nachdrücklich Raiser, AGB, S. 277 ff.(279, 282, 291, 293 ff.), DJT-Festschr. I, S. 101 ff. (127 ff., 131 ff.), und Summum ius, S. 145 ff. (163 ff.). Kuhn, S. 35 ff. und 144 ff.(147 f., 151 f.), hat diese Gedanken im Gesellschaftsrecht angewandt.

Macht es die Besinnung auf die immanenten Schranken der Vertragsfreiheit im Schuldrecht nicht notwendig, auch die Grenzen der Privatautonomie im Sachenrecht neu zu überdenken? Läßt sich die Gegenüberstellung der Vertragsfreiheit im Schuldrecht und des "Typenzwanges" im Sachenrecht als zweier prinzipieller Gegensätze noch aufrecht erhalten ? - Bevor der Versuch unternommen wird, eine Antwort auf diese Fragen zu geben, sei noch genauer betrachtet, wie herkömmlicherweise die Grenzen der Privatautonomie im Sachenrecht bestimmt werden.

a) Herkömmliche Inhaltsbestimmung des "Typenzwanges" im Sachenrecht

Die traditionellen Vorstellungen über den "Typenzwang" im Sachenrecht sind verwurzelt in den Auffassungen, die im vorigen Jahrhundert in der Rechtswissenschaft herrschten. Diese Auffassungen waren die Reaktion auf den Überreichtum an dinglichen Rechten, der auf dem Boden des deutschen Rechts und zuletzt des preußischen ALR entstanden war und sich verkehrsschädlich auswirkte[17]. Das deutsche Recht kannte keine gesetzliche Begrenzung des privatautonomen Handelns im Sachenrecht und bot Möglichkeiten zur Gestaltung der verschiedenartigsten dinglichen Rechte[18]. Die Rechtswissenschaft des vorigen Jahrhunderts war sich offenbar der immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit noch nicht bewußt und nahm deshalb an, das deutsche Recht lasse die Ausbildung von dinglichen Rechten "in ungebundener Fülle nach Belieben und Bedürfnis" zu[19]. Die so verstandene Gestaltungsfreiheit sah man als die Ursache für jenen Überreichtum an dinglichen Rechten an, und sie glaubte man beseitigen zu müssen, um den Verkehrsbedürfnissen zu genügen. Das römische Recht kannte im Gegensatz zum deutschen nur eine begrenzte Zahl dinglicher Rechts-

17) In diesem Sinne charakterisiert Wieacker, Bodenrecht, S. 111, den "Typenzwang" als "Reaktion" auf den Überreichtum an dinglichen Bodenlasten, der auf dem Boden des deutschen Rechts entstanden war.
18) Welche Vorteile diese Eigenart des deutschen Rechts hatte, ist am Beispiel der deutschrechtlichen Treuhand gezeigt worden von Siebert, Treuhandverhältnis, S. 47 ff.(49 ff.), 213f.
19) Vgl. die Darstellung, die noch Dernburg, SR, S. 194, von der Typenbildung im deutschen Recht gibt.

typen. Diese Beschränkung - dieser "Typenzwang" - mußte gegenüber der "schrankenlosen" Gestaltungsfreiheit des deutschen Rechts als prinzipieller Gegensatz erscheinen und sich als Alternative anbieten. So ist es nicht verwunderlich, daß sich die Auffassung durchsetzte, im Sachenrecht dürfe keine Vertragsfreiheit herrschen, sondern es müsse das "Gegenteil" - eben der "Typenzwang" - gelten. Die Verfasser des BGB standen ganz im Banne dieser Auffassung; jedoch verankerten sie den "Typenzwang" nicht ausdrücklich in einer besonderen Norm, lediglich in den Motiven zum BGB sprachen sie aus: Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der das Schuldrecht beherrsche, habe für das Sachenrecht keine Geltung, hier gelte der "umgekehrte Grundsatz"[20].

Seither gehen Rechtsprechung und Schrifttum aus von einem prinzipiellen Unterschied zwischen den Möglichkeiten privatautonomen Handelns im Schuldrecht einerseits und im Sachenrecht andererseits: Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der das Schuldrecht beherrsche, gelte für das Sachenrecht nicht; das Sachenrecht befolge vielmehr das "entgegengesetzte Prinzip"[21]. Angesichts der eindeutigen Bemerkungen in den Motiven zum BGB hält man es dabei kaum einmal für notwendig zu untersuchen, ob und inwieweit jene Vorstellungen der Gesetzesverfasser sich tatsächlich im Gesetz niedergeschlagen haben und so geltendes Gesetz geworden sind. Es wird vielmehr allgemein als selbstverständlich angesehen, daß im Sachenrecht der sogenannte "Typenzwang" herrscht[22]. Ein vereinzel-

---

20) Vgl. Mugdan III, S. 2.

21) So besonders Planck-Strecker, Vorb. II.2., und unter Berufung auf die Motive KGJ 20, A, S. 91 ff.(94). Ferner betonen im gleichen Sinne einen Gegensatz zwischen Schuldrecht und Sachenrecht z.B. Baur, Grundstücksrecht, S. 13 f., ders., SR, § 1, II.3.a), Eichler I, S. 54, Erwig, S. 23 f., Lent-Schwab, S. 3, Soergel-Siebert-Mühl, Einleitung, Rdnr. 21, Westermann, SR, § 3, III. In vielen Fällen wird auch nur als ein besonderes Charakteristikum des Sachenrechts hervorgehoben, daß die Vertragsfreiheit grundsätzlich ausgeschlossen oder doch eingeschränkt sei: Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. KGJ 20, A, S. 308 ff., KGJ 25, A, S. 290 ff., KGJ 35, A, S. 310 ff.(313), KG JW 1931, S. 3282 ff.(3284), RGZ 48, S. 61 ff. (63); aus dem Schrifttum sind zu nennen Dernburg, SR, S. 194, Heck, SR, S. 87, Palandt-Hoche, Einl. vor § 854, 2)b), Staudinger-Seufert, Einl. Rdnr. 11, Wolff-Raiser, SR, § 2, II.1. Einschränkend zu dieser Gegenüberstellung von Schuld- und Sachenrecht jedoch Flume, Rechtsgeschäft, S. 14 f.

22) Auch die heute maßgeblichen Lehrbücher des Sachenrechts

ter Versuch, die gesetzliche Sanktionierung des "Typenzwangs" nachzuweisen, knüpft an die Fassung der einzelnen sachenrechtlichen Vorschriften an. Wenn es zum Beispiel in § 1113 oder § 1191 heißt: "Ein Grundstück k a n n ... belastet werden ...", so soll daraus zu folgern sein, daß in anderer Weise, als durch das Gesetz vorgeschrieben, ein Grundstück nicht belastet werden kann. Aus der Fassung der sachenrechtlichen Vorschriften soll sich also durch ein "argumentum e contrario" ergeben, inwiefern dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht Grenzen gesetzt sind[23].

Die herkömmlichen Vorstellungen über die Grenzen privatautonomen Handelns im Sachenrecht werden am treffendsten durch die Formulierung charakterisiert: "Was nicht erlaubt ist, ist verboten !"[24]. Ausgehend von diesem Grundsatz meint man, das privatautonome Handeln sei im Sachenrecht in zweifacher Hinsicht eingeschränkt. Einmal sollen im Gesetz die möglichen dinglichen Berechtigungen ihrer Zahl nach abschließend geregelt sein; die Parteien sollen also darauf angewiesen sein, sich der gesetzlich zugelassenen Rechtstypen zu bedienen ("numerus clausus" der Sachenrechte)[25]. Zum anderen soll der Inhalt der gesetzlich zugelassenen dinglichen Berechtigungen mindestens den Umrissen nach zwingend vorgeschrieben sein; die Parteien sollen also die zugelassenen Rechtstypen weitgehend nur in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung verwenden dürfen ("Typenfixierung")[26].

---

setzen als selbstverständlich voraus, daß der sog. "Typenzwang" gilt, und befassen sich nur mit den Gesichtspunkten, die den Gesetzgeber zur Einführung jenes Grundsatzes bewogen haben können; vgl. Baur, SR, § 1, II., Westermann, SR, § 3, III., Wolff-Raiser, SR, § 2, II.1.

23) So Heck, SR, S. 87.

24) So Heck, a.a.O., und im Anschluß an ihn Baur, Grundstücksrecht, S. 14.

25) Diese Seite läßt sich im Anschluß an Baur, Grundstücksrecht, S. 14, plastisch mit dem Schlagwort "begrenztes Angebot" kennzeichnen. Allerdings ist Wieacker, Bodenrecht, S.111, (wohl als einziger) der Meinung, daß der "Typenzwang" keinen "numerus clausus" zur Folge habe.

26) Die Bezeichnung "Typenfixierung" benutzt Baur, SR, § 1, II.2.b); im Anschluß an Baur, Grundstücksrecht, S. 14, kann man diese Seite auch damit veranschaulichen, daß man sagt, das Sachenrecht enthalte die Anordnung: "Entweder so oder gar nicht !".

Auf den ersten Blick scheinen diese Grundvorstellungen sehr praktikabel zu sein: Zulässig ist privatautonomes Handeln nur, solange es sich der gesetzlich zugelassenen Rechtstypen bedient, und auch dann nur, wenn es den gesetzlichen Inhalt dieser Rechtstypen unverändert läßt. Die im Gesetz geregelten Sachenrechtstypen bilden also ein festes Gerüst, an das man sich halten kann; zwar ist dieses Gerüst starr[27], gerade in seiner Starrheit schafft es aber eindeutige, klare Verhältnisse.

Geht man jedoch daran, in Einzelfällen die Grenzen des privatautonomen Handelns zu bestimmen, so tauchen bald Schwierigkeiten auf. Es ist nicht immer eindeutig zu entscheiden, welche Gestaltungen das Gesetz in einzelnen erlaubt hat und welche demnach mangels einer Erlaubnis verboten sind. Bei näherem Zusehen zeigt sich nämlich, daß die sachenrechtliche Typenordnung doch nicht so starr ist, wie es zuerst den Anschein hat; vielmehr ist dem privatautonomen Handeln ein gewisser Spielraum gewährt, und zwar gerade auch bei der inhaltlichen Ausgestaltung der dinglichen Rechte[28]. Fraglich ist allein, wie dieser Spielraum abgesteckt werden muß. Im allgemeinen wird, den beschriebenen Grundvorstellungen entsprechend, gefordert, daß das Gesetz ausnahmsweise die abweichende Gestaltung in einer besonderen Norm zuläßt, oder doch zumindest, daß sich eine sachenrechtliche Norm ausnahmsweise aufgrund ihres Sinnes und Zweckes als nachgiebig erweist[29]. Ob auf diesem Wege alle problematischen Fälle

---

27) In diesem Sinne spricht Siebert, Treuhandverhältnis, S. 213, von dem "starren" romanischen System der Sachenrechte und betont demgegenüber die "Elastizität" des germanischen Rechts.

28) Von einem solchen "Spielraum" sprechen ausdrücklich z.B. Ehrlich, S.563, Eichler I, S.54, und Westermann, SR, § 3,III.

29) Für die Forderung nach einer besonderen gesetzlichen Erlaubnis sprechen insbesondere Bemerkungen in den Motiven zum BGB, vgl.z.B. Mugdan III, S. 379: "... so kann ... der Hypothek ein anderer als der gesetzlich bestimmte Inhalt nicht gegeben werden, es sei denn, daß das Gesetz selbst eine Änderung ... zuläßt ...". Dementsprechend wird eine besondere "Erlaubnis" z.B. verlangt in KGJ 20, A, S. 91 ff.(94 f.), und KGJ 25, A, S. 290 ff.(293). Auf die Nachgiebigkeit der betroffenen sachenrechtlichen Norm will dagegen z.B. das KG abstellen in JW 1931, S. 3282 ff.(3284).

befriedigend geklärt werden können, ist jedoch zweifelhaft. Aus den §§ 746, 751, 1008 ergibt sich zum Beispiel die Möglichkeit, die Rechte von Miteigentümern mit dinglicher Wirkung ungleichartig auszugestalten. Sollte damit etwa erlaubt sein, im praktischen Ergebnis beschränkte dingliche Rechte beliebiger Art zu schaffen und so die Beschränkung der Typenzahl illusorisch zu machen ?[30] Weiterhin ist aus § 158 zu entnehmen, daß dingliche Rechte - vom Grundeigentum abgesehen - bedingt bestellt werden können. Sollte auch damit erlaubt sein, beliebige, im Gesetz nicht vorgesehene dingliche Rechte zu schaffen ?[31] Gegen eine beliebige Umgestaltung der Grundschuld auf diesem Wege werden häufig Bedenken erhoben. Aus § 158 entnimmt man zwar allgemein, daß auch eine Grundschuld von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, und das wird dem Willen des Gesetzgebers durchaus gerecht[32]. Aber man glaubt doch nicht immer daraus ohne weiteres schließen zu können, daß die Grundschuld von jeder beliebigen Bedingung abhängig gemacht werden darf. So ist bis heute noch nicht eindeutig geklärt, ob der Bestand der Grundschuld an die Bedingung geknüpft werden kann, daß die zu sichernde Forderung gültig ist[33]. - Während man so auf "Erlaubnisnormen" stoßen kann, die anscheinend einen Weg zur Schaffung beliebiger Rechtsformen eröffnen, wird es andererseits immer wieder Fälle geben, in denen eine "Verdinglichung" der Rechtsbeziehungen nicht in befriedigender Weise zu erreichen ist. Das Gesetz kann unmöglich für alle Lebensverhältnisse, die sich im Laufe der Zeit herausbilden, vorgeformte Rechtstypen

---

30) Heck, SR, S. 90, meint, auf diesem Wege ließen sich sonst nicht vorgesehene Typen vollständig "herbeiführen".
31) Heck, a.a.O., ist der Ansicht, auch auf diesem Wege ließen sich Rechtstypen "ersetzen".
32) Der ursprüngliche Plan, die Grundschuld "bedingungsfeindlich" auszugestalten, wurde während der Vorarbeiten zum BGB wieder aufgegeben, vgl. Mugdan III, S. 439 und 901.
33) Vgl. zu dieser Frage besonders Huber, S. 44 f., m.w.Nw. Außer Huber halten eine derartige Bedingung für zulässig z.B. Knöchlein, Bl.f.Grundstücksrecht 1958, S. 309, Palandt-Hoche, § 1191, Anm. 2)b)aa), Westermann, SR, § 114, II.2., Wolff-Raiser, SR, § 132, I.2., OLG Celle, DNotZ 1954, S. 473. Gegen die Zulässigkeit sind jedoch z.B. Baur, SR, § 45, II.3.b), Münstermann, S. 35, Nissen, JW 1906, S. 805, Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f.(1760).

oder doch wenigstens "Erlaubnisnormen" enthalten[34]. - Die Suche nach einer besonderen gesetzlichen Erlaubnis führt also kaum zu befriedigenden Ergebnissen.

Anscheinend wird das auch oft empfunden. Trotz der beschriebenen allgemeinen Grundeinstellung werden jedenfalls in Rechtsprechung und Schrifttum die Grenzen des privatautonomen Handelns im Sachenrecht häufig in einer Weise bestimmt, die praktisch einen Verzicht auf die unbefriedigende Suche nach "Erlaubnisnormen" bedeutet. Die Privatautonomie soll sich bei der inhaltlichen Ausgestaltung der dinglichen Rechte nur an die "wesentlichen" Züge der gesetzlichen Rechtstypen halten müssen. Sie soll im "Wesen", im "Begriff" oder im "Charakter" des jeweiligen Rechtypus ihre Schranke finden. Maßgebend soll sein, welche Befugnisse dem einzelnen dinglichen Recht "nach seinem historischen und gesellschaftlichen Charakter" so "wesentlich" sind, daß sie ihm unter keinen Umständen fehlen dürfen[35]. Diese Grenzziehung unter Rückgriff auf das "Wesen" der jeweils betroffenen Rechtstypen läßt sich in dem Grundsatz ausdrücken: Erlaubt ist alles, was mit dem "Wesen" der Sachenrechtstypen in Einklang steht, verboten ist nur eine "Wesensänderung". Damit ist jedoch praktisch der Grundsatz aufgegeben, nach dem alles verboten sein soll, was nicht ausnahmsweise erlaubt ist. Es wird nicht mehr nach einer besonderen "Erlaubnisnorm" gesucht,sondern es wird schon als genügend angesehen, daß das privatautonome Handeln nicht mit dem "Wesen" eines Sachenrechtstypus kollidiert. Sieht man den Grundsatz: "Was nicht erlaubt ist, ist verboten", auf dem Gebiete des Sachenrechts als geltendes Recht an, so wird man

---

34) Darauf weist besonders hin Heck, SR, S. 91.

35) So vor allem Ehrlich, S. 563 f., und im Anschluß an ihn Staudinger-Seufert, Einl. Rdnr. 13, 14. In ähnlichem Sinne Müller, Seuff.Bl. 66, S. 4 f., und Walsmann, S. 76. Außerdem wird in zahlreichen Stellungnahmen zu Einzelproblemen davon ausgegangen, daß alle mit dem "Wesen" eines dinglichen Rechtes in Einklang stehenden Vereinbarungen zulässig sind; vgl. z.B. Münstermann, S. 36, Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f. (1760), Rosenberg, JW 1931, S. 3282, Westermann, SR, § 101, II.3.a), Wolff-Raiser, SR, § 140, III.1. Aus der Rechtsprechung sind dazu z.B. folgende Entscheidungen zu nennen: KGJ 25, A, S. 290 ff.(292 f.), KGJ 35, A, S. 310 ff.(313), KGJ 40, A, S. 299 ff.(300), KGJ 41, A, S. 232 ff.(233), LG Mainz, Hess.Rspr. 1910, S. 30, RG Gruch.Beitr. 58, S. 974.

also kaum das privatautonome Handeln in der beschriebenen Weise durch Rückgriff auf das "Wesen" der Sachenrechtstypen begrenzen können.

Das Gesamtbild, das die Sachenrechtsordnung danach bietet, ist recht merkwürdig. Auf der einen Seite kann zum Beispiel die Möglichkeit, dingliche Rechte unter einer Bedingung zu bestellen, oder im Wege des Miteigentums Berechtigungen in verschiedenartigstem Umfang zu schaffen, zur Entstehung beliebiger, im Gesetz nicht vorgesehener Rechtsformen führen. Auf der anderen Seite muß aber beispielsweise von einer "Verdinglichung" der Rechtsbeziehungen immer dann abgesehen werden, wenn es sich um Lebensverhältnisse handelt, die sich erst in neuerer Zeit herausgebildet haben und die deshalb vom Gesetz in keiner Weise erfaßt werden. Es wird also der Privatautonomie einerseits ein zu weiter Spielraum gewährt, andererseits wird sie aber auch ungebührlich beengt. Man hat deshalb das Sachenrechtssystem des BGB auch schon als einen "Panzer" beschrieben, der so viele Lücken aufweise, daß er seine Aufgabe nicht mehr erfülle, der aber doch gelegentlich drücke und reibe[36].

Angesichts dieses Befundes erscheint es tatsächlich notwendig, die Grenzen der Privatautonomie im Sachenrecht neu zu überdenken und eine Lösung zu suchen, die dem Wesen des Rechts als einer sinn- und zweckhaften Gemeinschaftsordnung eher gerecht wird.

b) "Typenzwang" und Zweck der Sachenrechtsinstitute

Auf der Suche nach den Grenzen, die das geltende Recht dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht setzt, kann man zunächst an die Argumentation anknüpfen, mit der bisher in einem vereinzelten Falle versucht worden ist, die Sanktionierung des "Typenzwanges" im Gesetz nachzuweisen[37]. Das Gesetz spricht für jeden Sachenrechtstypus besonders aus, daß ein Recht dieser Art begründet werden "kann". So heißt es zum Beispiel in § 1113: "Ein Grundstück k a n n in der Weise

36) So Heck, SR, S. 91.
37) Gemeint ist der Versuch von Heck, SR, S. 87.

belastet werden, daß ... ". Diese Formulierung läßt verschiedene Deutungen zu. Einmal könnte sie bedeuten, a u c h ein Recht dieser Art könne begründet werden. Sie könnte also die Begründung beliebiger anderer dinglicher Rechte neben den im Gesetz geregelten offen lassen. Zum anderen könnte aus ihr aber auch zu entnehmen sein, n u r ein Recht dieser Art könne begründet werden. Sie könnte also die Begründung anderer als der im Gesetz geregelten dinglichen Rechte ausschließen. Für die zweite Deutung spricht, daß die Gesetzesverfasser die Vorstellung hatten: Der Grundsatz der Vertragsfreiheit habe für das Sachenrecht keine Geltung, hier gelte der "umgekehrte" Grundsatz, es könnten nur so lche Rechte begründet werden, deren Begründung das Gesetz zulasse[38].

Der subjektive "Wille" der Gesetzesverfasser ist jedoch vor allem gerichtet auf die Schaffung einer "gerechten" Ordnung des Gemeinschaftslebens. Einer solchen Ordnung sind von der Sache her notwendig bestimmte Rechtsgedanken und Prinzipien immanent, die sich bis zu einem gewissen Grade auch gegen die beschränkte Einsicht und Absicht des "Gesetzgebers" durchsetzen. Im Wege der Auslegung soll der "maßgebliche", der "normative" Gesetzessinn ermittelt werden, also gerade der Sinn, der ebensosehr durch die subjektiven Vorstellungen der Gesetzesverfasser wie durch objektive, in der Sache liegende Momente bestimmt wird. Die Auslegung muß demnach neben den subjektiven Vorstellungen der Gesetzesverfasser auch jene objektiven Momente berücksichtigen[39]. Soll die Bindung der Gerichte an das Gesetz einen Sinn haben, so müssen allerdings die im Gesetz zweifelsfrei erkennbaren Grundgedanken und Zweckvorstellungen der Gesetzesverfasser besonders respektiert werden: Sie haben sozusagen die Vermutung der "Richtigkeit" für sich. Sind jedoch die Vorstellungen der Gesetzesverfasser nicht eindeutig im Gesetz zu erkennen, oder sind verschiedene, sich zum Teil widersprechende Zweckvorstellungen und Wertungen im Rahmen der Gesamtrechtsordnung nicht genügend aufeinander abgestimmt,

38) Vgl. die Motive zum BGB, Mugdan III, S. 2. Heck, a.a.O., legt das "kann" in diesem Sinne aus.
39) Die Problematik der Gesetzesauslegung kann hier nicht voll aufgerollt werden; vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 237 ff.

so muß auf die "objektiv-teleologischen" Kriterien zurückgegriffen werden. Es muß dann nach derjenigen Bedeutung des Gesetzes gefragt werden, die dem Wesen des Rechts als einer sinn- und zweckhaften Gemeinschaftsordnung am ehesten gerecht wird[40].

Fragt man nun, ob die anscheinend so klaren Vorstellungen der Gesetzesverfasser über die Grenzen des privatautonomen Handelns im Sachenrecht im Gesetz erkennbar ihren Niederschlag gefunden haben, so darf man sich nicht allein an das zweideutige "kann" halten, mit dem die einzelnen Sachenrechtstypen jeweils zugelassen werden. Es muß vielmehr untersucht werden, ob die Sachenrechtsordnung in ihrer Gesamtheit jene Vorstellungen erkennen läßt. Wenn man in dieser Art die Sachenrechtsordnung an den Grundvorstellungen der Gesetzesverfasser mißt, ergibt sich jedoch nur das bereits skizzierte Bild eines "durchlöcherten Panzers". Man kann also wohl kaum behaupten, die Vorstellungen der Gesetzesverfasser über die Grenzen privatautonomen Handelns im Sachenrecht seien im Gesetz "eindeutig" erkennbar. Zumindest muß festgestellt werden, daß die Gesetzesverfasser die Verwirklichung jener Grundvorstellungen nicht genügend auf andere Zielsetzungen abgestimmt haben, die offenbar bei der Ausgestaltung der Sachenrechtsordnung ebenfalls von Bedeutung waren. Der Rückgriff auf die subjektiven Vorstellungen der Gesetzesverfasser bringt demnach noch keinen endgültigen Aufschluß darüber, welche Grenzen das geltende Recht dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht setzt.

Weiterhelfen kann hier vielleicht die Besinnung auf jene Grenzen, die der Privatautonomie im Schuldrecht auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Sanktionierung gesetzt sind[41]. Die Lebensverhältnisse dürfen nur in einer Weise geregelt werden, die mit den in den Rechtsinstituten verankerten Wertentscheidungen in Einklang steht. Diese Beschränkung folgt

40) Zum Verhältnis der verschiedenen Auslegungskriterien zueinander vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 257 ff.; zur Bedeutung des Gesetzeszweckes und der "objektiv-teleologischen" Kriterien insbesondere vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 250 ff.

41) Siehe dazu oben, S. 44 ff.

aus dem Wesen des Rechts als einer sinn- und zweckhaften Gemeinschaftsordnung, und sie muß dementsprechend auch im Sachenrecht gelten. Auch die Rechtsinstitute des Sachenrechts - die vom Gesetz ausgebildeten Typen dinglicher Rechte - sind als "Überbau" über bestimmten typischen Lebensverhältnissen errichtet. Sie können ebenfalls Werturteile darüber enthalten welche Ordnung das Gesetz für ein bestimmtes typisches Lebensverhältnis als "zweckmäßig und gerecht" ansieht[42]. Selbst wenn die Gesetzesverfasser bei der Ausbildung einiger Sachenrechtstypen - so zum Beispiel der verschiedenen Grundpfandrechtsformen - stark von "begrifflichen Vorurteilen" geleitet worden sein sollten[43], so kann das Ergebnis ihrer Bemühungen gleichwohl Wertentscheidungen enthalten. Jene zu ermitteln, ist Aufgabe der Gesetzesauslegung, und diese ist weder in positivem noch in negativem Sinne an die - vielleicht irrigen - Vorstellungen der Gesetzesverfasser gebunden. Die Vorstellungen der Gesetzesverfasser können nur als ein Kriterium dafür dienen, welchen vernünftigen Sinn das Gesetz haben könnte. Ihre Fehlerhaftigkeit bedeutet jedoch nicht notwendig, daß auch die von ihnen mitbestimmte Regelung sinnlos ist[44]. - Inwieweit bei der Ausgestaltung eines

---

42) Daß auch die Sachenrechtstypen auf typische Lebensverhältnisse und entsprechende typische Geschäftszwecke zugeschnitten sind und daß damit Wertungen verbunden sein können, ist vor allem schon im Zusammenhang mit der Problematik der Sicherungsübereignung gesehen worden; vgl. insbesondere Baur, SR, § 56, I.1., und Boehmer, Grundlagen II/2, S. 141 ff.(143, 147). Speziell für Hypothek und Grundschuld ist dieser Zuschnitt auf typische Lebensverhältnisse und Geschäftszwecke z.B. von folgenden Autoren als gegeben oder doch zumindest als möglich gesehen worden: Boehmer, AcP 123, S. 336 f., spricht von dem "soziologischen Zweck" der Grundpfandrechte; Brebeck, S. 38, erwähnt eine "Aufgabe" der Grundschuld; Güthe, Hypothekenrecht, S. 41 f., fragt, ob es zulässig sei, die "Rechtsform des nicht akzessorischen Grundkreditrechts" zu wählen, wenn es sich um eine "Verbindung von Personal- und Grundkredit" handele; J., ZKW 1952, S. 320, und Rheinstein, JW 1932, S. 1760, wenden sich dagegen, daß die Grundschuld "einem Zweck dienstbar gemacht" werde, "für den sie nicht geschaffen" sei.

43) Heck, SR, S. 323 ff., und im Anschluß an ihn Küchler, S. 76 ff., meinen, die Ausgestaltung von Hypothek und Grundschuld sei das Ergebnis einer "rein begriffsjuristischen Betrachtungsweise". Gegen Heck jedoch z.B. Lehmann, S. 39, Westermann, SR, § 93, II.4.c), und Wolff-Raiser, SR, § 132, I.1. Anm. 3).

44) Schon aus diesem Grunde ist der Angriff von Heck und Küchler, a.a.O., gegen die "akzessorische Natur" der Hypothek

Sachenrechtstypus besondere Wertentscheidungen und Ordnungsvorstellungen ihren Niederschlag gefunden haben, läßt sich erschließen, wenn man die jeweilige Regelung in ihren Konsequenzen im Rahmen der Gesamtrechtsordnung durchdenkt. Hat man Klarheit über die Funktionen gewonnen, die das betreffende Rechtsinstitut in der Rechtsordnung zu erfüllen vermag, so kann man leichter sagen, welchen Sinn und Zweck es hat, zur Verwirklichung welcher Werte und Ordnungsvorstellungen es bestimmt ist.

Sind demnach dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht grundsätzlich in gleicher Weise Grenzen gesetzt wie im Schuldrecht und überhaupt in der gesamten Rechtsordnung, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß ein Unterschied besteht, daß gleichwohl der Bereich privatautonomen Handelns im Sachenrecht enger ist als im Schuldrecht. Die besondere Aufgabe des Sachenrechts innerhalb des Zivilrechtssystems besteht in der rechtlichen Anerkennung, Verteilung und Begrenzung von Sachherrschaft Einzelner innerhalb der Rechtsgemeinschaft[45]. Zur Verdeutlichung kann man auch von einer "Organisierung" und "Kanalisierung" der Sachherrschaft Einzelner sprechen. Diese Aufgabe erfüllt das Sachenrecht vor allem durch die Ausbildung der Sachenrechtstypen. Die Art und Weise, in der das geschieht, kann bereits ergeben, daß der Typenordnung insgesamt Wertentscheidungen zugrunde liegen, an die die Privatautonomie ebenso gebunden ist, wie an die Wertungen der einzelnen Rechtsinstitute.

Die Struktur der Sachenrechtstypen ist nach vier Prinzipien ausgebildet, nach den Grundsätzen der "Absolutheit",

---

mit Vorsicht zu betrachten. Er stützt sich vor allem darauf, daß die Ausgestaltung der Hypothek das Ergebnis einer "rein begriffsjuristischen Betrachtungsweise" sei. Dabei wird zu großes Gewicht auf die angeblichen Vorstellungen der Gesetzesverfasser gelegt und die Frage vernachlässigt, ob nicht die Ausgestaltung der Hypothek ohne Rücksicht auf jene Vorstellungen einen vernünftigen Sinn hat. Daß dem "Anlehnungsprinzip" durchaus ein Sinn entnommen werden kann, zeigen z.B. Andeutungen bei Brebeck, S. 36, sowie die gegen Heck gerichteten Stellungnahmen von Lehmann, S. 39, und besonders Westermann, SR, § 93, II.4.c).

45) Vgl. Raiser, JR 1955, S. 118.

"Publizität", "Spezialität" und "Abstraktheit"[46]. Das bedeutet in kurzen Zügen: Die dinglichen Rechte zeichnen sich dadurch aus, daß sie eine auch gegen Dritte wirkende Herrschaftsmacht gewähren, also von jedermann zu respektieren sind; weiterhin sind sie so ausgestaltet, daß ihr Inhalt für jeden anderen Rechtsgenossen erkennbar ist; sodann sind sie dadurch gekennzeichnet, daß sie nur an bestimmten einzelnen Sachen begründet werden können, daß also ihr Herrschaftsobjekt klar umrissen ist; schließlich sind sie so ausgestaltet, daß bei Verfügungen möglichst wenige Fehlerquellen bestehen. Diese Ausgestaltung der dinglichen Rechte muß so verstanden werden: Das Gesetz ist beherrscht von dem Bestreben, die dinglichen Rechtsverhältnisse möglichst klar und übersichtlich auszugestalten und einen sicheren und leichten Rechtsverkehr zu gewährleisten; Klarheit und Übersichtlichkeit der Rechtsverhältnisse, sowie Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs sind die Werte, an denen sich nach dem Gesetz die Ordnung des Gemeinschaftslebens auf sachenrechtlichem Gebiet orientieren soll. Mit anderen Worten: Es ist Sinn und Zweck der sachenrechtlichen Typenordnung, die Beherrschung von Sachen durch Einzelpersonen in einer Weise zu "organisieren", die jenen Werten gerecht wird.

Hat aber die sachenrechtliche Typenordnung einen derartigen Sinn und Zweck, so muß der Bereich privatautonomen Handelns im Sachenrecht stärker eingeengt sein als im Schuldrecht[47]. - Schon die allgemeine Aufgabe des Sachenrechts, Sachherrschaft zu verteilen und abzugrenzen - insbesondere bei Beherrschung einer Sache durch mehrere Personen - läßt sich kaum ohne eine gesetzliche Fixierung der Arten und des Inhalts der möglichen dinglichen Rechte lösen. - Erst recht sind jedoch Klarheit und Übersichtlichkeit nicht ohne eine Typenbeschränkung zu erreichen. Eine zu große Fülle von Spielarten dinglicher Rechte würde Unklarheit schaffen und es den Bürgern unmöglich machen, die dingliche Rechtslage zu

---

46) Vgl. zu diesen "Sachenrechtsgrundsätzen" Baur, SR, § 4, sowie Westermann, SR, § 3. Zum Grundsatz der Abstraktheit insbesondere vgl. Baur, SR, § 5, IV., und § 51, VIII., sowie Westermann, SR, § 4.

47) Dazu, daß auch im Gesellschaftsrecht die Abänderung der gesetzestypischen Formen an Sinn und Zweck der gesellschaftsrechtlichen Typenordnung "kontrolliert" sein muß, vgl. Kuhn, S. 36, mit weiteren Nachweisen.

überschauen. Es kann daher nicht den Beteiligten überlassen bleiben, dingliche Rechte beliebiger Art und beliebigen Inhalts zu schaffen, sondern es darf nur dann eine "Verdinglichung" der Rechtsbeziehungen zugelassen werden, wenn tatsächlich ein Bedürfnis dafür besteht. - Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs setzen ebenfalls eine Typenbeschränkung voraus. Wer ein Herrschaftsrecht an einer Sache übertragen bekommt, muß - ohne zu Nachforschungen gezwungen zu sein - wissen, was er erwirbt. Das Recht muß deshalb die Zahl der dinglichen Rechte möglichst beschränken und vor allem ihren Inhalt scharf umreißen. - Schließlich ist auch das Grundbuch, das sowohl der Klarheit und Übersichtlichkeit der dinglichen Rechtsverhältnisse als auch der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs auf dem Gebiete des Grundstücksrechts dienen soll, nur leistungsfähig, wenn die Zahl und der Inhalt der eintragungsfähigen Rechte möglichst scharf umgrenzt ist[48)].

Mehr als eine "widerlegbare Vermutung" für einen "Typenzwang" im Sachenrecht ist aber aus diesen Überlegungen nicht zu gewinnen. Sie legen lediglich den Schluß nahe, daß Arten und Inhalt der dinglichen Rechte nicht Gegenstand"beliebiger" Vereinbarungen sein können; jedoch entbinden sie nicht von der Aufgabe, jeweils besonders zu untersuchen, ob im Hinblick auf die vom Gesetz angestrebte Sachenrechtsordnung aus seiner Regelung entnommen werden muß, daß die im konkreten Fall zur Diskussion stehende Gestaltung ausgeschlossen ist.

Ausgangspunkt für die Konkretisierung der Grenzen des privatautonomen Handelns muß die Suche nach einem Rechtsinstitut sein, das auf ein typisches Lebensverhältnis zugeschnitten ist, welches dem konkret zu ordnenden in seinen wesentlichen Merkmalen entspricht. Ist kein derartig zugeschnittenes Rechtsinstitut zu finden, so muß weiter gefragt werden, ob es sich überhaupt um ein Lebensverhältnis handelt, das vom Gesetz erfaßt wird. Es ist unmöglich,alle Bedürfnisse

---

48) Zu den hier skizzierten, für einen "Typenzwang"im Sachenrecht sprechenden Gesichtspunkten vgl. im einzelnen Baur, Grundstücksrecht, S. 14, Baur, SR, § 1, II.2. und 3.a), Heck, SR, S. 87 f., 91, Westermann, SR, § 3, III., Wieacker, Bodenrecht, S. 112, Wolff-Raiser, SR, § 2, II.1.

der sich dauernd wandelnden Lebensverhältnisse schon im voraus durch vorgeformte Rechtsinstitute zu befriedigen[49]. Angesichts dieser Tatsache würde es dem Wesen des Rechts als einer sinn- und zweckhaften Gemeinschaftsordnung widersprechen, wollte man die sachenrechtliche Typenordnung schlechthin als eine "abschließende Regelung" betrachten. Aus dem Sinn und Zweck der sachenrechtlichen Typenordnung kann deshalb allenfalls für diejenigen Lebensverhältnisse eine "abschließende Regelung" entnommen werden, die zur Zeit der Gesetzesentstehung denkbar waren und dementsprechend berücksichtigt werden mußten, wenn das Gemeinschaftsleben auf sachenrechtlichem Gebiet in einer den genannten Werten entsprechenden Weise "organisiert" werden sollte. Für die Lebensverhältnisse, die sich erst in neuerer Zeit herausgebildet haben und auf die deshalb kein Rechtsinstitut zugeschnitten ist, existiert also kein generelles Verbot einer "Verdinglichung" der Rechtsbeziehungen[50]. Nur für die vom Gesetz erfaßten Lebensverhältnisse kann - sofern sich kein auf sie zugeschnittenes Rechtsinstitut findet - der Schluß gezogen werden, daß eine "Verdinglichung" der Rechtsbeziehungen verboten sei. - Dies ist aber der einzige konkrete Fall, in dem allein aus dem Sinn und Zweck der sachenrechtlichen Typenordnung erschlossen werden kann, wie die Grenzen des privatautonomen Handelns tatsächlich verlaufen. Meist genügt dieser Maßstab nicht. Sinn und Zweck der sachenrechtlichen Typenordnung können lediglich einen Anhaltspunkt dafür ergeben, ob für ein konkretes Lebensverhältnis überhaupt eine "Verdinglichung" der Rechtsbeziehungen zulässig ist. Bejahendenfalls ist aus ihnen aber nur abzuleiten, daß die allen Sachenrechtstypen gemeinsamen elementaren Strukturprinzipien

---

49) Darauf weist mit Recht hin Heck, SR, S. 91.

50) Dieser Ansicht ist offenbar auch Boehmer, Grundlagen II/2 S. 141 ff.(143, 145 ff.). Er meint, die Institute der Sicherungsübereignung und des Faustpfandes seien zur Befriedigung verschiedener wirtschaftlicher Kreditbedürfnisse bestimmt. Sie hätten "grundsätzlich verschiedene Aufgaben". Die wirtschaftlichen Bedürfnisse, die zur Ausbildung der Sicherungsübereignung geführt hätten, habe der Gesetzgeber nicht vorausgesehen. Die Sicherungsübereignung sei ein "gesetzesergänzendes Rechtsinstitut praeter legem" und keine "Rechtsschöpfung contra legem". - Außerdem ist anscheinend der gleichen Ansicht Wieacker, Bodenrecht, S. 111. Er wendet sich dagegen, aus dem "Typenzwang" einen "numerus clausus" der Sachenrechte in dem Sinne abzuleiten, daß die Entstehung anderer als der im BGB genannten Sachenrechte schlechthin unzulässig sei.

- die "Sachenrechtsgrundsätze" - nicht mißachtet werden dürfen. Im übrigen lassen sie die verschiedenartigsten "Organisationsformen" zu, geben sie also keine Auskunft darüber, in welcher bestimmten Weise das betreffende konkrete Lebensverhältnis allein "gerecht" zu ordnen ist.

Hierüber kann man erst Klarheit gewinnen, wenn man zusätzlich auf Sinn und Zweck der einzelnen Rechtsinstitute innerhalb der sachenrechtlichen Typenordnung zurückgreift. In ihrem Zuschnitt auf ein bestimmtes typisches Lebensverhältnis können die Rechtsinstitute in zweifacher Hinsicht Werturteile darüber enthalten, welche Ordnung nach dem Gesetz für ein derartiges Lebensverhältnis "zweckmäßig und gerecht" ist. Zum einen können sie Auskunft geben, welche der für jenes Lebensverhältnis typischen Geschäftszwecke als schutzwürdig anerkannt sind. Zum anderen können sie erkennen lassen, welches die "richtige" Geschäftsform zur Verwirklichung dieser Geschäftszwecke ist. Haben in einem Rechtsinstitut des Sachenrechts derartige Wertungen ihren Niederschlag gefunden, so ist die Privatautonomie ebenso wie im Schuldrecht und überhaupt in der Rechtsordnung insoweit an dieses Institut gebunden. Das heißt vor allem: Dieses Rechtsinstitut ist die einzig "richtige" Ordnung für jedes konkrete Lebensverhältnis, das in seinen wesentlichen Merkmalen dem typischen Lebensverhältnis entspricht, auf das das Rechtsinstitut zugeschnitten ist; schutzwürdig sind im Rahmen eines solchen konkreten Lebensverhältnisses nur diejenigen Geschäftszwecke, deren Verwirklichung das Rechtsinstitut gestattet, und das Rechtsinstitut ist die einzige Form, in der diese Geschäftszwecke verwirklicht werden dürfen[51]; eine gegenüber den in ihm enthaltenen Wertentscheidungen blinde Umgestaltung des Rechtsinstitutes ist ein Mißbrauch der Privatautonomie, der keinen

51) Für die Pfandrechte lehnt das jedoch ab Schieb, S. 45 f. Er meint, es gebe keine Verbotsnorm des Inhalts, daß der mit der Verpfändung verfolgte wirtschaftliche Zweck der Sicherung nur in der vom BGB geregelten Form erreicht werden dürfe, sondern es könne jeder das Rechtsgeschäft wählen, das ihm am geeignetsten erscheine. Die Parteien könnten sich den Vorschriften des BGB über das Pfandrecht entziehen. - Zumindest im Ansatz richtig ist dagegen die Meinung von Rheinstein, JW 1932, S. 1760. Er hält es für unzulässig, die Grundschuld einem Zweck dienstbar zu machen, für den sie nicht geschaffen ist und für den das Gesetz die Sicherungshypothek vorsieht.

Rechtsschutz genießt[52]. Ein Mißbrauch der Privatautonomie kann allerdings nicht schon bei jeder "wertblinden" Umgestaltung eines Sachenrechtsinstitutes angenommen werden. Die vom Gesetz für ein typisches Lebensverhältnis vorgeschriebene "gerechte" Ordnung wird erst dann zerstört, wenn die grundlegenden Strukturprinzipien des betreffenden Rechtsinstitutes verändert werden[53]. Insofern ist die Meinung berechtigt, die die Grenzen der Privatautonomie im Sachenrecht nur dann als überschritten ansieht, wenn "Wesen", "Charakter" oder "Begriff" der Sachenrechtstypen verletzt sind[54].

Das privatautonome Handeln ist aber nicht nur dann in der beschriebenen Weise gebunden, wenn ein vom Gesetz erfaßtes typisches Lebensverhältnis zu ordnen ist. In den Strukturprinzipien der Sachenrechtstypen können nicht nur Wertungen für ein bestimmtes typisches Lebensverhältnis zum Ausdruck kommen, sondern es können darüber hinaus Ordnungsgrundsätze und Wertungen ihren Niederschlag gefunden haben, die für die gesamte Sachenrechtsordnung grundlegende Bedeutung haben. Über diese darf sich die Privatautonomie auch dann nicht hinwegsetzen, wenn ein Lebensverhältnis geordnet werden soll, das vom Gesetz nicht erfaßt wird. Die privatautonome Gestaltung steht auch in solchen Fällen unter der Anforderung der "materiellen Legalität"[55].

---

52) Das verkennen z.B. Huber, S. 45, und Knöchlein, Bl. f. Grundstücksrecht 1958, S. 309, wenn sie meinen, allein aufgrund der "Bedingungsfreundlichkeit" der Grundschuld sei jede beliebige Bedingung zulässig, es gebe keine "Diskriminierung" bestimmter Bedingungen (Huber). Heck, SR, S. 88, schließt dagegen nicht aus, daß "zwingende Normen des Sachenrechts" der Ausbildung von "Ersatzinstituten" im Wege stehen können. Eine andere Frage ist allerdings, ob speziell in Falle der Grundschuld tatsächlich bestimmte Bedingungen als unzulässig behandelt werden müssen.

53) Kuhn, S. 37, weist für das Gesellschaftsrecht darauf hin, daß ein Unterschied zu machen ist zwischen der Veränderung der zentralen Strukturmerkmale und derjenigen der weniger bedeutsamen Strukturelemente.

54) Siehe dazu oben, S. 56, Anm. 35).

55) Das hat Boehmer, Grundlagen II/2, S. 141 ff.(147), anscheinend nicht gesehen. Er stellt zwar fest, das "Ersatzinstitut" der "Sicherungsübereignung" widerspreche den "Ordnungsgedanken" des Institutes des Faustpfandes "evident", sieht sich aber dadurch nicht dazu veranlaßt, die "materielle Legalität" der "Sicherungsübereignung" zu überprüfen. Baur, SR, § 56, I.2., zieht dagegen mit Recht zur Beurteilung der

Danach ist als Ergebnis festzuhalten:

Im Prinzip sind dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht in gleicher Weise Grenzen gesetzt wie im Schuldrecht. Hier wie dort sind die Rechtsgenossen an die Wertungen und Ordnungsgrundsätze gebunden, die in den grundlegenden Strukturprinzipien der einzelnen Rechtsinstitute ihren Niederschlag gefunden haben, und diese Grenzen bedürfen einer Konkretisierung in jedem Einzelfall. Das Sachenrecht enthält jedoch noch zusätzlich in der Typenordnung in ihrer Gesamtheit Wertungen, an die die Privatautonomie ebenfalls gebunden ist, sodaß die Gestaltungsmöglichkeiten noch weiter eingeschränkt sind. Es besteht deshalb zwischen den Möglichkeiten privatautonomen Handelns im Schuldrecht einerseits und im Sachenrecht andererseits zwar kein prinzipieller, aber doch ein gradueller Unterschied.

Gegenüber der Art und Weise, in der bisher die Grenzen der Privatautonomie im Sachenrecht gezogen wurden, hat dieses Ergebnis große Vorteile. Die Sachenrechtstypen bilden nicht mehr ein starres Gerüst, in das die Lebensverhältnisse hineingezwängt werden müssen; sie sind vielmehr nur Wert- und Ordnungsmaßstäbe, mit deren Hilfe von Fall zu Fall ermittelt werden muß, wie das jeweilige konkrete Lebensverhältnis "gerecht" zu ordnen ist. Damit erhalten sie eine "Elastizität", die es ermöglicht, der Mannigfaltigkeit und den Veränderungen der Lebensverhältnisse besser Rechnung zu tragen. Eine derartige Deutung des sachenrechtlichen Typensystems wird dem Wesen des Rechts als einer sinn- und zweckhaften Gemeinschaftsordnung eher gerecht als das Bild vom "durchlöcherten Panzer", das die herkömmlichen Vorstellungen vom "Typenzwang" im Sachenrecht vermitteln.

Institute der "Sicherungsübereignung" und der "Sicherungsabtretung" den Gedanken heran, der Gesetzgeber habe mit dem Institut des Eigentumsvorbehalts die in der Pfandrechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertungen selbst "desavouiert" und die "Sicherungsübereignung" so vor dem "Vorwurf materieller Illegalität" gerettet. Eine andere Frage ist dabei allerdings, ob durch das Institut des Eigentumsvorbehalts tatsächlich die in der Pfandrechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertungen "desavouiert" werden; diese Frage wird z.B. verneint von Vetsch, S. 77, 106 f.

3.) "Atypische" Gestaltungen und gesetzliche Wertentscheidungen

Für die weitere Untersuchung ist es nützlich, nicht nur zu wissen, welche Grenzen dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht grundsätzlich gezogen sind, sondern auch, wie diese Grenzen überschritten sein können. In welcher Weise können gesetzliche Wertentscheidungen verletzt sein, wenn einem Sachenrechtsinstitut eine "atypische" Gestalt gegeben wird ?

a) "Offene" Mißachtung gesetzlicher Wertungen

Gesetzliche Wertungen sind immer dann mißachtet, wenn die Parteien einem konkreten Lebensverhältnis nicht die Ordnung gegeben haben, die das Gesetz dafür als "gerecht" ansieht. Das kann zunächst ganz offen geschehen sein, indem das entsprechend zugeschnittene Rechtsinstitut zwar verwendet, aber "wertungswidrig" umgestaltet worden ist. Die Parteien können wesentliche Strukturmerkmale dieses Rechtsinstitutes so verändert haben, daß die damit geschaffene Ordnung nicht mehr den Wertungen entspricht, die in seiner gesetzlichen Struktur zum Ausdruck kommen. Es können dabei Wertungen hinsichtlich der "richtigen" Geschäftsform und solche hinsichtlich der Schutzwürdigkeit der verfolgten Geschäftszwecke mißachtet sein.

Die Entscheidung des Gesetzes über die "richtige" Form zur Verwirklichung bestimmter typischer Geschäftszwecke beengt die Privatautonomie in der Wahl ihrer Mittel: Die Parteien dürfen ihre Ziele nur auf bestimmten Wegen anstreben. Diese Wege können aber in verschiedener Hinsicht beschwerlich sein, sodaß ein Anreiz besteht, sie zu begradigen oder zu verbreitern oder Hindernisse beiseite zu räumen. Richten sich derartige Bestrebungen gegen Strukturmerkmale eines Rechtsinstitutes, in denen gesetzliche Wertungen ihren Niederschlag gefunden haben, so sind sie jedoch zum Scheitern verurteilt.

Die Grundpfandrechte sind vom Gesetzgeber als Rechtsinstitute für diejenigen Lebensverhältnisse ausgebildet worden, in denen der Grundstückswert zu Zwecken der Kreditsicherung ausgenutzt werden soll. Die Bahnen, in die das privatautonome Handeln durch sie gelenkt wird, können für die Parteien in mehrerer Hinsicht "unzureichend" sein. - So ist die Struktur sämtlicher Grundpfandrechte zum Beispiel von dem Bestimmtheitsgrundsatz beherrscht: Der Gegenstand der Verwertungsrechte ist scharf umgrenzt; sie ergreifen einen bestimmten Wertteil eines Grundstückes (ausgedrückt durch eine "bestimmte Geldsumme": §§ 1113, 1191). Dadurch sind den Parteien Grenzen gesetzt, die oft als Beengung empfunden werden. Einmal kann das Schuldverhältnis zwischen ihnen nicht so ausgestaltet werden, daß etwas anderes als ein "bestimmter" Geldbetrag geschuldet wird[56]. Vor allem aber stößt das Streben nach einem variablen Zinssatz auf Hindernisse[57]. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist jedoch Ausdruck einer grundlegenden gesetzlichen Wertentscheidung: Die Lebensverhältnisse sollen auf sachenrechtlichem Gebiet in einer Weise geordnet sein, die den Werten der Klarheit und Übersichtlichkeit genügt. An diese Wertentscheidung ist das privatautonome Handeln gebunden. Weil und soweit sie in dem Strukturmerkmal der "Bestimmtheit" ihren Ausdruck gefunden hat, darf dieses nicht angetastet werden, es ist aber andererseits auch nur durch eine Gestaltung verletzt, die jener Wertung widerspricht. Das bedeutet für die Frage nach einem variablen Zinssatz bei Grundpfandrechten: Ein veränderlicher Zinssatz darf lediglich in solcher Weise "verdinglicht" werden, daß der Umfang der Grundstücksbelastung für jedermann klar erkennbar bleibt; das ist nur dann der Fall, wenn objektive Anhaltspunkte gegeben sind, mit deren Hilfe jeder Interessent ohne weiteres die augenblickliche Höhe der Zinsbelastung ermitteln kann[58]. - Ein weiteres "unbequemes" Strukturmerkmal der Grundpfandrechte kann man als das "Zwangsvollstreckungsprinzip" be-

---

56) Vgl. dazu Riedel, DNotZ 1954, S. 454 ff.(457).
57) Zu diesem Problem sei hier nur angeführt die Entscheidung des BGH in DNotZ 1963, S. 436 ff., mit Anmerkung von Ripfel.
58) In diesem Sinne der BGH, a.a.O. Für die Ausgestaltung der Grundpfandrechte im allgemeinen betont Erwig, S. 34 ff.(36), besonders eindringlich, jeder Interessent müsse klar ersehen können, welchen Umfang die Belastung tatsächlich habe.

zeichnen: Die Grundpfandrechtsinhaber sind nur befugt, das belastete Grundstück "im Wege der Zwangsvollstreckung" zu verwerten (§ 1147); sie müssen also ein umständliches gerichtliches Verfahren einleiten, wenn sie ihr Recht verwirklichen wollen. Dieses "Zwangsvollstreckungsprinzip" muß als Ausdruck einer besonderen gesetzlichen Ordnungsentscheidung gedeutet werden. Wird das Grundvermögen zu Kreditzwecken herangezogen, so soll es wegen seines besonderen Wertes auf jeden Fall so weitgehend wie möglich gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme geschützt sein. Die Pfandverwertung soll deshalb überhaupt nur im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens erfolgen, das die Beteiligung des Eigentümers notwendig erfordert und ihm die Möglichkeit garantiert, seine Rechte geltend zu machen[59]. An diese Ordnungsentscheidung ist die Privatautonomie ebenfalls gebunden. Weil und soweit sie in ihm ihren Niederschlag gefunden hat, hat das "Zwangsvollstreckungsprinzip" zwingenden Charakter. Es ist deshalb unzulässig, den Inhalt eines Grundpfandrechtes so zu verändern, daß der Gläubiger befugt ist, seine Befriedigung auch in anderer Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu suchen[60]. Andererseits steht aber einer Veränderung nichts entgegen, wenn sie lediglich die Verwertungsbefugnis einschränkt. Der im "Zwangsvollstreckungsprinzip" verankerte

---

59) Darauf, daß die Struktur der Grundpfandrechte eine solche "verfahrensrechtliche Garantie" enthält, weist besonders hin Huber, S. 260 ff.(262). Daß auch die Gesetzesverfasser mit dem "Zwangsvollstreckungsprinzip" besondere Ordnungsvorstellungen verbunden haben, ist daraus zu ersehen, daß es in den Motiven zum BGB, Mugdan III, S. 380, gerade im Hinblick auf das Verbot der Abrede des Privatverkaufs heißt, es verstoße gegen die öffentliche Ordnung, wenn auf die Anwendung derjenigen "Formen" verzichtet werde, "welche das Gesetz vorschreibt, um die Rechtsverwirklichung in ordnungsmäßiger und gerechter Weise sicherzustellen."

60) Aus § 1149 läßt sich dieses Ergebnis nicht gewinnen, da diese Bestimmung sich nur auf schuldrechtliche Vereinbarungen über eine anderweitige Befriedigung bezieht, vgl. dazu z.B. Goldmann-Lilienthal II, § 76, I.1. Anm. 2, und Staudinger-Scherübl, § 1149, Rdnr. 1, sowie die Motive zum BGB, Mugdan III, S. 379 ff. Aber auch der Hinweis auf den sog. "Typenzwang" genügt nicht zur Begründung der zwingenden Natur des "Zwangsvollstreckungsprinzips". Mit einem solchen Hinweis begnügen sich jedoch Goldmann-Lilienthal und Staudinger-Scherübl, a.a.O.

Ordnungsgrundsatz wird dadurch nicht mißachtet, das Grundeigentum erhält im Gegenteil noch zusätzlichen Schutz[61].

Die Ordnung, die das Gesetz für ein bestimmtes typisches Lebensverhältnis durch Ausbildung eines darauf zugeschnittenen Rechtsinstitutes vorgeschrieben hat, kann die Privatautonomie auch insofern beengen, als sie nur die Möglichkeit bietet, einige typische Geschäftszwecke zu verwirklichen. Das kann ein Anreiz dafür sein, die Struktur des betreffenden Rechtsinstitutes so zu verändern, daß es auch zur Verwirklichung "institutsfremder" Geschäftszwecke geeignet ist ; die Parteien werden - mit anderen Worten - versucht sein, auch solche Geschäftszwecke zu "verdinglichen". Muß jedoch die gesetzliche Ausgestaltung des in Frage kommenden Rechtsinstitutes als Ausdruck einer Wertung verstanden werden, nach der jene "institutsfremden" Geschäftszwecke nicht schutzwürdig sind und deshalb nicht "verdinglicht" werden sollen, so sind alle entsprechenden Strukturveränderungen unzulässig.

Unter den verschiedenen Grundpfandrechtstypen sind die Hypothekenformen zum Beispiel deutlich auf jeweils einen bestimmten, typischen Geschäftszweck zugeschnitten. Sie sollen jeweils zur Sicherung einer bestimmten Art von Geldforderungen dienen. Dieser Zuschnitt auf jeweils einen typischen Sicherungszweck zeigt sich in der rechtlichen Ausgestaltung. Die Struktur der Hypothekenformen ist gekennzeichnet durch das "Anlehnungsprinzip": Das dingliche Verwertungsrecht schmiegt sich "schattengleich" der jeweils zu sichernden Forderung an; es wird grundsätzlich jede rechtlich mögliche Modalität der Geldforderung zum Inhalt der Hypothek[62]. Dadurch wird die "Verdinglichung" des Sicherungszweckes erreicht. Eine Möglichkeit zur "Verdinglichung" darüber hinausgehender Geschäftszwecke gewährt jedoch keine der verschiedenen Grundpfandrechtsformen. Mit Rücksicht auf die vom Gesetz angestrebte Klarheit und Übersichtlichkeit der Sachenrechtsordnung kann das als Ausdruck einer Wertung

61) Es ist also unzutreffend, wenn Goldmann-Lilienthal,a.a.O., und das KG in JW 1931, S. 3282 ff.(3284), den § 1147 schlechthin als zwingende Vorschrift behandeln.
62) Vgl. Riedel, DNotZ 1954, S. 454 ff.(457).

gedeutet werden: Wird das Grundvermögen als Kreditunterlage herangezogen, so ist von den dabei verfolgten Geschäftszwecken nur der Sicherungszweck würdig, "verdinglicht" zu werden; andere damit verknüpfte Ziele sind auf das Gebiet des Schuldrechts beschränkt. An diese Wertung sind die Parteien gebunden. Deshalb ist es vor allem unzulässig, eine Hypothek dinglich so auszugestalten, daß durch sie dem Gläubiger nicht nur das Grundstück als Zugriffsobjekt für den Fall mangelnder Befriedigung "reserviert" wird, sondern daß sie darüber hinaus den Eigentümer zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet und dadurch dem Gläubiger die Überwachung und Erhaltung der Sicherheit und für den "Ernstfall" die Einziehung der Forderung erleichtert[63].

b) Umgehung gesetzlicher Wertentscheidungen

Neben der "offenen" Mißachtung gesetzlicher Wertungen ist auch eine "verdeckte" denkbar. Wird einem Lebensverhältnis ganz offen eine "wertungswidrige" Ordnung gegeben, so liegt deutlich zutage, daß dieses Vorgehen vor dem Gesetz keinen Bestand hat. In der Praxis wird deshalb eine derartige offene Mißachtung der gesetzlichen Wertungen sehr selten und dann auch nur in Zweifelsfällen vorkommen, in denen nicht scharf abgegrenzt werden kann, wann eine Gestaltung dem Gesetz widerspricht. Streben die Parteien über die Wege und Ziele hinaus, auf die die Rechtsordnung ihre Aktivität verweist, so werden sie vielmehr in einer Weise vorgehen, die zumindest dem ersten Anschein nach eher vor dem Gesetz bestehen kann als eine offen "wertungswidrige" Umgestaltung von Rechtsinstituten: Sie werden in der Rechtsordnung nach einem "Umweg" suchen, auf dem sie die "Beschwerlichkeiten" des

63) So im Ergebnis z.B. auch BGHZ 21, S. 34 ff., und KG, OLG 10, S. 418 f., sowie Riedel, DNotZ 1954, S. 454 ff.(458 f.). Riedel und der BGH begnügen sich jedoch mit der Begründung, daß derartige "Nebenbestimmungen" weder die Geldforderung "modifizieren", noch den "Inhalt" des dinglichen Rechts näher bezeichnen und "daher" nicht eintragungsfähig sind, während das KG sich nur darauf beruft, daß das BGB eine "bestimmt abgeschlossene Anzahl von dinglichen Rechten" enthält, "von denen jedes in sich scharf bestimmt" ist, und daß die Hypothek nur zur Sicherung für eine Geldforderung und nicht zur Sicherung anderer Ansprüche bestellt werden kann.

ihnen vom Gesetz an sich zugewiesenen "richtigen" Weges umgehen und auch Ziele verwirklichen können, die anderenfalls unerreichbar sind; sie werden also versuchen, das Gesetz zu umgehen[64].

Eine Gesetzesumgehung ist dadurch gekennzeichnet, daß die Parteien zur Ordnung ihrer Beziehungen zwar auch ein in der Rechtsordnung ausgebildetes Rechtsinstitut, nicht aber dasjenige heranziehen, das vom Gesetz dafür an sich vorgesehen ist. Sie benutzen vielmehr ein anderes Institut, das zu anderen Zwecken ausgebildet worden ist, aber ihren Bestrebungen keine oder zumindest weniger "störende" Schranken setzt. Es finden also "an sich erlaubte" Mittel Verwendung[65]. Im Ergebnis können die Parteien ihren Beziehungen damit aber eine Ordnung geben, die der vom Gesetz als "richtig" angesehenen Ordnung nicht entspricht, also gesetzlichen Wertungen widerspricht. Dadurch wird das Recht in seinem Kern getroffen. Soweit die Ausbildung von Rechtsinstituten den Sinn und Zweck hat, die Aktivität der Rechtsgenossen in die "richtigen" Bahnen zu lenken, wird sie ihrer Wirkungen beraubt. Es wird der Zweck des Gesetzes vereitelt, für bestimmte typische Lebensverhältnisse eine "zweckmäßige und gerechte" Ordnung zu gewährleisten[66]. Diese "Zweckvereitelung" ist unabhängig davon, ob die Parteien gegen das Gesetz verstoßen wollten oder auch nur wußten, welche Ordnung nach dem Gesetz die "richtige" ist. Auch wenn - wie in vielen Fällen - die Parteien glauben, ihr Vorgehen sei gesetzmäßig, können gesetzliche Wertungen "mißachtet" sein. Deshalb ist eine "Umgehungsabsicht" nicht Voraussetzung für eine Gesetzesumgehung[67]. - Das Recht kann seine Aufgabe, das Leben in der Gemeinschaft zu ordnen, aber nur dann voll erfüllen, wenn es darauf besteht, daß die Rechtsgenossen bei der Ordnung ihrer Be-

---

64) Auf die Theorie der Gesetzesumgehung kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden. Es sei dazu hingewiesen auf die Arbeit von Vetsch und die Darstellung dieses Fragenkomplexes bei Enneccerus-Nipperdey, § 190, III., und Kuhn, S. 139 ff.

65) Vgl. Vetsch, S. 12.

66) Zur "Vereitelung des Gesetzeszweckes" als dem Charakteristikum der Gesetzesumgehung vgl. Vetsch, S. 10 ff.(12), und Kuhn, S. 139 ff.

67) Vgl. Vetsch, S. 216 ff., und Enneccerus-Nipperdey, § 190, III.3.

ziehungen die gesetzlichen Wertentscheidungen ohne Einschränkungen beachten. Zu seiner Selbstbehauptung muß es gerade auch den Versuch unterbinden, jene Wertentscheidungen auf "Schleichwegen" außer Kraft zu setzen. Das zwingt dazu, die Gesetzesumgehung ebenso zu behandeln wie einen direkten Verstoß gegen das Gesetz[68]. Gebrauchen die Parteien zur Ordnung ihrer Beziehungen ein "fremdes" Rechtsinstitut und vereiteln sie dadurch den Zweck des für derartige Beziehungen an sich vorgesehenen Institutes, so genießt ihr Vorgehen gleichfalls keinen Rechtsschutz. Wenn es sich auch um "an sich erlaubte" Mittel handelt, so bieten die vom Gesetz ausgebildeten Formen für die Beziehungen zwischen den Rechtsgenossen doch keine Handhabe zur Ausschaltung gesetzlicher Wertungen. Sie zu solchen Zielen zu benutzen, ist vielmehr ein Mißbrauch - ein "Institutsmißbrauch" - der als "Handeln ohne Recht" keinen rechtlichen Bestand hat[69].

Im Sachenrecht drängt sich der Gedanke der Gesetzesumgehung vor allem bei der "Sicherungsübereignung" auf. - Soll der im Mobiliarvermögen steckende Wert als Kreditunterlage ausgenutzt werden, so geschieht das heute regelmäßig in der Weise, daß dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung die in Frage kommenden beweglichen Sachen (Geschäfts- und Betriebseinrichtung, Maschinen, Waren- und Materiallager) übereignet werden, wobei die Übergabe dieser Sachen nach § 930 ersetzt wird. Im Gesetz ist jedoch für die Ausnutzung des Mobiliarvermögens als Kreditunterlage nur ein einziges Rechtsinstitut ausgebildet worden, nämlich das Faustpfand, und die Ausgestaltung, die dieses Rechtsinstitut im einzelnen gefunden hat, spricht - jedenfalls auf den ersten Blick - dafür, daß es nach dem Gesetz die einzig "richtige" "Organi-

---

68) In diesem Sinne vor allem Vetsch, S. 280 ff., und auch Kuhn, S. 144 ff.

69) Von einem "Mißbrauch von Rechtsinstituten" im Zusammenhang mit der Gesetzesumgehung spricht ausdrücklich Vetsch, S. 258 f. Vertieft und weiter ausgeführt hat diesen Gedanken für Gesetzesumgehungen im Gesellschaftsrecht Kuhn, S. 146 ff. (148). Der Zusammenhang zwischen dem Mißbrauch von Rechtsinstituten und der Gesetzesumgehung gestattet es, die Problematik der Gesetzesumgehung als einen Anwendungsfall der allgemeinen Lehre vom "Institutsmißbrauch" zu sehen, die insbesondere entwickelt worden ist von Raiser, Summum ius, S. 145 ff.(152, 162 ff.).

sationsform" für jene Lebensverhältnisse ist[70]. Gegen das von der Praxis geschaffene "Ersatzinstitut" der "Sicherungsübereignung" ist auch in der Literatur wiederholt der Einwand der Gesetzesumgehung erhoben worden[71]. Dieser Einwand hat sich allerdings nicht durchsetzen können, jedenfalls nicht in der scharfen Form, jede "Sicherungsübereignung" sei unwirksam, da durch sie das "Faustpfandgebot" umgangen werde. Insbesondere ist er von der Rechtsprechung zurückgewiesen worden[72]. Das hat dazu geführt, daß die "Sicherungsübereignung" inzwischen gewohnheitsrechtlich sanktioniert ist. Ist man der Auffassung, daß das Gesetz kein "Faustpfandgebot" enthält, so muß man heute angesichts der immer weiter verfeinerten Ausgestaltung der "Sicherungsübereignung" zu einem besonderen Rechtsinstitut von einer "gesetzesergänzenden Rechtsfortbildung", von einem von der Rechtspraxis selbstgeschaffenen "Ergänzungsinstitut praeter legem" sprechen[73]. Entnimmt man aus dem Gesetz ein "Faustpfandgebot", so muß man angesichts des Umfanges, in dem die "Sicherungsübereignung" seit Jahrzehnten im Geschäftsverkehr verwendet wird, und im Hinblick auf ihre allgemeine Anerkennung durch die Rechtsprechung eine "Rechtsschöpfung contra legem" - eine "Gebotsberichtigung" - zugestehen[74]. In jedem Falle kann man jedoch nur annehmen, daß die Struktur des neuen Institutes in ihrem wesentlichen Kern gewohnheitsrechtlich ausgeformt ist. Um diesen Kern findet sich ein Bereich, für den die Rechtsprechung noch im Flusse ist und sich auch im Schrifttum noch keine herrschende Meinung gebildet hat, oder für den

---

70) Zu den Gesichtspunkten, die für diese Annahme sprechen, vgl. Baur, SR, § 56, I.1.

71) Aus der unübersehbaren Literatur zur "Sicherungsübereignung" sei nur angeführt Vetsch, S. 70 ff., mit Nachweisen.

72) Hier sei nur auf die grundlegende Entscheidung in RGZ 59, S. 146 ff.(148), hingewiesen; vgl. ferner die Nachweise bei Vetsch, S. 55 ff., und Wolff-Raiser, SR, § 179, II.2., Anm.6).

73) So Boehmer, Grundlagen II/2, S. 141 ff.(143, 147 f., 159). Auch Weinhausen, S. 32 und 47, behandelt die "Sicherungsübereignung" in diesem Sinne als ein gewohnheitsrechtliches Ergänzungsinstitut.

74) In diesem Sinne sprechen sich z.B. aus Heck, SR, S.432 f., Siebert, Treuhandverhältnis, S. 148, und Wolff-Raiser, SR, § 179, II.2., Anm. 9). Baur, SR, § 56, I.2., und Serick, I, S. 2, behandeln die "Sicherungsübereignung" ebenfalls als ein gewohnheitsrechtlich sanktioniertes Institut, lassen dabei aber offen, ob es sich um eine Rechtsschöpfung "contra" oder "praeter legem" handelt.

bisher lediglich Ansatzpunkte oder Vorstufen zu einem Gewohnheitsrecht entstanden sind[75]. In diesem "ungefestigten" Bereich ist das privatautonome Handeln nach wie vor an die im Gesetz verankerten Wertungen gebunden. Dabei ist vor allem an die Entscheidung des Gesetzes zugunsten einer klaren und übersichtlichen Sachenrechtsordnung zu denken, die auch und vor allem in dem für alle Sachenrechtstypen kennzeichnenden Strukturprinzip der "Publizität" zum Ausdruck kommt. Allerdings kann nicht gefordert werden, daß das "Sicherungseigentum" in einem derartigen Ausmaß "publik" gemacht wird wie das Faustpfand kraft Gesetzes. Angesichts des Instituts des Eigentumsvorbehalts ist es überhaupt fraglich, ob aus dem Gesetz eine Wertentscheidung zugunsten einer derartig strengen Publizität entnommen werden kann[76]. Aber selbst wenn aus dem Gesetz eine solche Wertentscheidung zu entnehmen sein sollte, muß heute zugestanden werden, daß mit der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Institutes der "Sicherungsübereignung" auch dieser strengen Wertentscheidung die Kraft genommen ist. Soweit es jedoch um die Frage geht, wie trotz der Vernachlässigung der strengen Publizität noch eine möglichst "gerechte" Ordnung geschaffen werden kann, wird man weiterhin auf die gesetzlichen Wertungen zurückgreifen können und müssen. Auch auf den "Umweg" der Übereignung mit Besitzkonstitut darf der Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Pfandrechtsordnung nicht vollständig ausgeschaltet werden. Die Parteien dürfen das "Sicherungseigentum" also nicht in einer Weise ausgestalten und verwenden, die die Entscheidung des Gesetzes zugunsten einer klaren und übersichtlichen Sachenrechtsordnung völlig außeracht läßt und den damit gewährleisteten "gerechten" Schutz aller Beteiligten vereitelt. Tun sie das gleichwohl, so kann man auch heute noch von einer Gesetzesumgehung - von einem Mißbrauch des Institutes der "Sicherungsübereignung" - sprechen, die als "Handeln ohne Recht" keinen Rechtsschutz genießt.

---

75) Vgl. Serick, I, S. 3 f.
76) Baur, SR, § 56, I.2., meint, der Gesetzgeber habe mit dem Institut des Eigentumsvorbehalts seine eigenen, in der Pfandrechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertungen "desavouiert". Anders jedoch Vetsch, S. 77 und 106 f.

IV. Kapitel:

Strukturprinzipien und Funktionen der wichtigsten Grundpfandrechtstypen

Im Vorausgehenden sind zwei für die weitere Untersuchung wesentliche Fragenkomplexe geklärt worden. Die Untersuchung des Inhalts und der Bedeutung des § 1157 hat ergeben, daß auf dem Wege über diese Bestimmung tatsächlich in den Inhalt der Grundpfandrechte eingegriffen werden kann. Die weitere Frage, in welcher Weise dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht grundsätzlich Grenzen gesetzt sind, ist dahingehend beantwortet worden, daß in dieser Hinsicht zwischen dem Sachenrecht und dem Schuldrecht kein prinzipieller Unterschied besteht. Die Rechtsgenossen sind hier wie dort an die Wertungen und Ordnungsgrundsätze gebunden, die in den grundlegenden Strukturprinzipien der Rechtsinstitute ihren Ausdruck gefunden haben. Gestattet eine Norm die Umgestaltung von Rechtsinstituten, so sind damit nicht etwa "beliebige" Veränderungen "erlaubt", sondern nur solche, die mit jenen Wertungen und Ordnungsgrundsätzen in Einklang stehen. Das bedeutet, daß auch der § 1157 nicht zuläßt, die Grundpfandrechtstypen in "beliebiger" Weise umzugestalten. Wie die Grenzen des privatautonomen Handelns im Wirkungsbereich dieser Norm verlaufen, ist nur zu bestimmen, indem die hier gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten einzeln daraufhin untersucht werden, ob sie mit dem Gesetz in Einklang stehen. Bevor diese Untersuchung durchgeführt werden kann, muß jedoch Klarheit darüber bestehen, wie die gesetzliche Ordnung aussieht, in die auf dem Wege über die Einreden des § 1157 eingegriffen werden kann. Es muß also ein Blick auf die wichtigsten Grundpfandrechtstypen, auf ihr gesetzliche Struktur und ihre Funktionen geworfen werden. Dabei ist im Rahmen dieser Arbeit allerdings nur ein grober Überblick möglich[1]. Es muß genügen, den wichtigsten Strukturprinzipien der einzelnen Grundpfandrechtstypen nachzugehen und aufzuzeigen, welchen

1) Zu einzelnen Zweifelsfragen siehe Baur, SR, §§ 36 - 46, Westermann, SR, §§ 91 - 118, sowie Wolff-Raiser, SR, §§ 131-156.

Interessen sie entgegenkommen[2)], auf welche typischen Interessenlagen - welche typischen Lebensverhältnisse - sie zugeschnitten sind. - Bei der Bestellung eines Grundpfandrechtes können mehrere, zum Teil sehr verschiedene Interessen eine Rolle spielen und sich überschneiden. Sie seien vorab kurz dargestellt, da sie für das Verständnis der Ausgestaltung der Grundpfandrechtstypen von Bedeutung sind:

Der Grundstückseigentümer ist daran interessiert, zur Kapitalbeschaffung den in seinem Grundstück liegenden Wert möglichst weitgehend in Geld umzusetzen und trotzdem weiterhin das Grundstück selbst nutzen zu können ("Kreditinteresse"). Andererseits möchte er aber auch gegen einen Verlust des Grundstücks abgesichert sein und zumindest den Teil des Grundstückswertes geschützt sehen, der nicht bei der Kreditaufnahme in Kapital umgesetzt wurde ("Erhaltungsinsteresse"). - Der Kreditgeber will demgegenüber in erster Linie vor einem Verlust seines Kapitals sicher sein. Er möchte ein wertbeständiges Vermögensstück in die Hand bekommen, auf das er in jedem Falle zurückgreifen kann, falls der Kreditnehmer zur Abdeckung der Kreditforderung nicht in der Lage sein sollte. In seinem Interesse liegt deshalb, daß er Sachherrschaft an einem solchen Vermögensstück erhält, daß ihm dieses also sachenrechtlich zugeordnet wird ("Zuordnungsinteresse"). Weiterhin legt er Wert darauf, das in seiner Hand befindliche Vermögensstück jederzeit reibungslos wieder in Geld umsetzen und dadurch ein vielleicht plötzlich auftretendes eigenes Kapitalbedürfnis befriedigen zu können, und zwar gerade auch dann, wenn es sich um eine langfristige Kredithingabe handelt ("Verwertungsinteresse"). - Die nicht oder nur nachrangig gesicherten Gläubiger des Grundstückseigentümers auf der anderen Seite sind daran interessiert, daß der in dem Grundstück steckende Wert nur insoweit in fremde Hände gelangt, als dafür Kapital in das Vermögen des Eigentümers fließt. Das nicht in Kapital umgesetzte Grundvermögen soll ihnen als Zugriffsobjekt erhalten bleiben ("Haftungsinteresse"). - Im Interesse aller am Rechtsverkehr beteiligten Personen liegt

2) Siehe dazu besonders Westermann, SR, § 92.

eine möglichst große Klarheit der Rechtslage: Für den Grundstückseigentümer, den Grundpfandrechtsgläubiger und für dritte Personen - zum Beispiel solche, die am Erwerb des Grundstückes oder Grundpfandrechtes interessiert sind - muß eindeutig feststehen, welche Vermögensstücke einem Grundpfandrechtsgläubiger zugeordnet sind und welche Befugnisse ihm hinsichtlich dieser Sachgüter zustehen (Bedürfnis nach Rechtsklarheit). Schließlich können Interessen der Allgemeinheit auch insofern von Bedeutung sein, als es um die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung in einer bestimmten Richtung geht, zum Beispiel um den besonderen Schutz des Grundvermögens oder eine besondere Förderung des Kreditwesens.

1.) Grundschuld

In der sachenrechtlichen Typenordnung nimmt die Grundschuld einen zentralen Platz ein: Sie ist sozusagen die "Urform", aus der durch Hinzufügung einzelner oder mehrerer besonderer Strukturprinzipien die übrigen Grundpfandrechtstypen gebildet werden können[3].

Unverzichtbares Kennzeichen der Grundschuld - wie aller Grundpfandrechte - ist zunächst, daß es sich um ein Recht an einem "Grundstück" handelt. Unter "Grundstück" ist dabei aber nicht nur ein abgegrenzter Teil der Erdoberfläche zu verstehen. Die Grundpfandrechte erfassen vielmehr die wirtschaftliche Einheit, die aus einem solchen abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, seinen Erzeugnissen, seinem Zubehör und einigen Rechten gebildet wird (§§ 1113, 1191, 1120, 1123, 1126, 1127), in ihrer Gesamtheit. Dieses Objekt der Grundpfandrechte zeichnet sich durch große Wertbeständigkeit aus und verleiht ihnen eine besondere "Sicherungsqualität"[4].

---

3) O.v.Gierke, DPR II, S. 911, bezeichnet sie dementsprechend als das "reine" Grundpfandrecht. Sie sei das einfache, die Hypothek dagegen das zusammengesetzte Gebilde. Der gesamte Inhalt der Grundschuld stecke auch in der Hypothek. - Die gesetzliche Regelung wird dieser besonderen Bedeutung der Grundschuld allerdings nicht gerecht. Sie stellt die Verkehrshypothek in den Vordergrund und läßt die Hypothekenvorschriften auf die Grundschuld Anwendung finden, "soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt"(§ 1192).

4) Vgl. Baur, SR, § 36, I.2.c).

Die Struktur der Grundschuld wird weiterhin bestimmt durch die allgemeinen Sachenrechtsgrundsätze[5] - auch hier in Übereinstimmung mit allen anderen Grundpfandrechten. - Die Grundschuld ist zunächst ein "absolutes" Recht. Sie ordnet ihrem Inhaber ein Grundstück zu, indem sie ihm Sachherrschaft daran gewährt, die jeder-mann gegenüber wirkt und mit entsprechendem Rechtsschutz ausgestattet ist (insbesondere durch die §§ 1133 bis 1135). Damit wird das "Zuordnungsinteresse" des Kreditgebers befriedigt. - Ferner gilt für das aus der Grundschuld fließende Herrschaftsrecht der Grundsatz der "Publizität": Es muß durch Eintragung im Grundbuch nach außen kenntlich gemacht werden. An diese Eintragung ist eine "Vermutungs-" und "Gutglaubenswirkung" geknüpft. Es wird vermutet, daß dem im Grundbuch eingetragenen Grundschuldgläubiger das Grundpfandrecht mit dem eingetragenen Inhalt tatsächlich zusteht (§ 891). Derjenige, der im Rechtsverkehr auf die Richtigkeit der Grundbucheintragung vertraut, wird geschützt (§§ 892, 893). Dem Gläubiger wird damit bei der "Verwirklichung" des Grundpfandrechtes die Beweislast abgenommen, vor allem aber wird ihm erleichtert, sein Recht jederzeit durch Veräußerung in Geld umzusetzen. Die Grundschuld ist infolgedessen auch geeignet, das "Verwertungsinteresse" des Kreditgebers zu befriedigen. - Weiterhin ist der Gegenstand des Grundpfandrechtes genau umgrenzt: Es ergreift einen festen Wertteil (ausgedrückt durch eine "bestimmte Geldsumme") eines bestimmten Grundstückes (§ 1191); bis in die Einzelheiten steht fest, welche Vermögensstücke dabei erfaßt werden (§§ 1120, 1123, 1126, 1127). Diese Unterwerfung des Grundpfandrechtes unter den Bestimmtheitsgrundsatz kommt dem allgemeinen Bedürfnis nach Rechtsklarheit entgegen. - Schließlich ist die Grundschuld in ihrem rechtlichen Bestand grundsätzlich unabhängig von dem ihrer Bestellung zugrunde liegenden Schuldverhältnis. Dadurch wird das Bedürfnis nach Rechtsklarheit befriedigt und außerdem die Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechtes sichergestellt[6]. Hier gilt jedoch - ebenso wie bei den anderen Grundpfandrechten - eine Besonderheit:

---

5) Zu diesen Sachenrechtsgrundsätzen im allgemeinen vgl. Baur, SR, § 4.
6) Zu der Problematik des "Abstraktionsgrundsatzes"vgl.Baur, SR, § 5, IV., mit weiteren Nachweisen.

Die Abstraktheit ist insofern durchbrochen, als die Einreden aus dem Grundverhältnis dingliche Wirkungen entfalten(§ 1157)[7]. Das dingliche Recht paßt sich in gewissem Maße dem Zweck an, zu dem es jeweils bestellt wird. Es ist dabei grundsätzlich "offen" für jeden beliebigen Zweck[8]. Allerdings wirkt diese Zweckanpassung im redlichen Rechtsverkehr nur, wenn sie durch Grundbucheintragung abgesichert ist (§ 1157 S.2). Damit ist das "Erhaltungsinteresse" des Eigentümers berücksichtigt, soweit das ohne Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechtes möglich ist.

Das Zusammenspiel der allgemeinen Sachenrechtsgrundsätze kennzeichnet die Grundschuld nur als ein verkehrsfähiges dingliches Recht an einem Grundstück. Ihr Charakter als Grund-"Pfandrecht" ergibt sich erst aus zwei besonderen Strukturprinzipien, die man das "Teilungs-" und das "Zwangsvollstreckungsprinzip" nennen kann. - Durch die Bestellung einer Grundschuld wird zwar das mit ihr belastete Grundstück dem Grundschuldgläubiger zugeordnet. Das geschieht jedoch nur in der Weise, daß das Grundstück gleichzeitig auch dem Eigentümer zugeordnet bleibt: Es tritt eine Teilung der Rechtszuständigkeit ein; vom Vollrecht des Eigentümers wird die Befugnis "abgespalten", aus dem Grundstück durch Verwertung eine "bestimmte Geldsumme" zu gewinnen; die so "abgespaltene" Verwertungsbefugnis wird zu einem dinglichen Recht verselbständigt[9]. Dieses "Teilungsprinzip" kommt dem "Kreditinter-

---

7) Es ist also nicht richtig, die Abstraktheit der Grundschuld so stark zu betonen, wie das häufig geschieht, z.B.bei Lent-Schwab, SR, § 63, I. Die oft gezogene Parallele zum abstrakten Schuldversprechen und zum Wechsel - vgl. die Nachweise bei Huber, S. 60 - ist unzutreffend. Anders allerdings Huber, a.a.O. Da die "Eigeneinreden" automatisch auf die Grundschuld einwirken, "kann" die Grundschuld aber auch nicht nur mit Hilfe des § 1157 ihrer "abstrakten Natur" entkleidet werden, wie Riedel, DNotZ 1954, S. 454 ff.(458), meint; ihre "streng abstrakte Natur" ist vielmehr ipso iure durchbrochen, siehe oben, S. 22 ff., 28 ff.

8) Inwieweit der Privatautonomie hier jedoch Grenzen gesetzt sind, ist unten zu erörtern.

9) Man kann dieses als "dingliches Verwertungsrecht" bezeichnen. Die Auffassung, die Grundpfandrechte seien "dingliche Verwertungsrechte", ist heute die herrschende; vgl. dazu Baur, SR, § 36, II.2.a), Westermann, SR, § 94, II.3., Wolff-Raiser, SR, § 131. Der Begriff "dingliches Verwertungsrecht" stellt dabei aber nur eine das Grundpfandrecht nach seinen wesentlichen Merkmalen charakterisierende Bezeichnung dar, vgl. Baur, a.a.O.

esse" des Eigentümers entgegen. Durch die "Abspaltung" eines seinem wertmäßigen Umfang nach genau fixierten Verwertungsrechtes aus dem Vollrecht kann in idealer Weise der Wert des Grundstückes nach Bedarf in Kapital umgesetzt werden, während die Nutzungsbefugnis erhalten bleibt. - Das aus dem Eigentum "abgespaltene" Recht gewährt dem Grundschuldgläubiger aber nicht etwa die Befugnis zur "freihändigen" Verwertung. Der Gläubiger kann das Grundstück vielmehr nur "im Wege der Zwangsvollstreckung" verwerten (§ 1147). Das bedeutet eine Beschränkung auf drei Verwertungsarten: Die Verwertung kann nur erfolgen durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des "Grundstückes", sowie durch Mobiliarzwangsvollstreckung in die mit dem abgegrenzten Teil der Erdoberfläche eine wirtschaftliche Einheit bildenden Gegenstände. Außerdem ist ein Vollstreckungstitel erforderlich, den sich der Grundschuldgläubiger - jedenfalls nach dem Gesetz - grundsätzlich auf dem Prozeßwege gegen den Eigentümer erstreiten muß. Durch dieses "Zwangsvollstreckungsprinzip" wird der Eigentümer weitgehend vor einem Rechtsverlust geschützt: Die Verwertung erfolgt im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens, das seine Beteiligung notwendig erfordert und ihm die Möglichkeit garantiert, seine Rechte geltend zu machen, insbesondere Einwendungen gegen das dingliche Recht oder "Eigeneinreden" vorzubringen[10]. Das "Zwangsvollstreckungsprinzip" dient damit dem "Erhaltungsinteresse" des Eigentümers.

Untersucht man die Struktur der Grundschuld daraufhin, was sie insgesamt "leisten" kann, welche Funktionen sie zu erfüllen vermag, so ergibt sich folgendes:

In erster Linie ermöglicht sie es, den Vermögenswert eines Grundstückes von dem festliegenden Substanzwert zu lösen und den Bedürfnissen des Kreditwesens dienstbar zu machen. Einerseits erleichtert sie dem Grundstückseigentümer die Kapitalbeschaffung auf der Basis seines Grundvermögens[11], andererseits bietet sie eine günstige Möglichkeit zur

---

10) Auf diese für die Grundpfandrechte typische "verfahrensrechtliche Garantie" weist besonders hin Huber, S. 260 ff. (262).
11) Sie dient also nicht nur dem Zweck der Sicherung des Kreditgebers, wie Werneburg, Grundstückswarte 1932, S. 317, meint.

Kapitalanlage. Kurz gesagt: Sie ist eine "Rechtsform zur Kapitalinvestierung in Bodenwerte"[12] und kann als solche eine "Investierungsfunktion" erfüllen. Dafür ist zwar auch ihre Ausgestaltung zu einem selbständigen, verkehrsfähigen Vermögenswert von Bedeutung; noch wichtiger ist jedoch, daß zwischen den Beteiligten eindeutige und unkomplizierte Verhältnisse geschaffen werden. Die Grundschuld genügt in besonderem Maße den Anforderungen, die das Kreditwesen an die Klarheit, Berechenbarkeit und leichte Handhabung der von ihm benötigten Rechtsformen stellt[13]. Daneben haben die Strukturelemente, die einen Schutz des Grundvermögens bewirken, nur geringes Gewicht. Das "Zwangsvollstreckungsprinzip" hat angesichts des Verkehrsschutzes und der Beweislastverteilung vorwiegend nur formelle Bedeutung[14]. Die Einschränkung des Abstraktionsgrundsatzes kann sich nur dann voll auswirken, wenn es dem Eigentümer gelingt, die jeweilige Zweckbeschränkung durch Grundbucheintragung abzusichern. Dem Schutzbedürfnis des Eigentümers wird die Struktur der Grundschuld infolgedessen nur unzureichend gerecht. Vor allem sind aber die Interessen der nachrangigen Gläubiger überhaupt nicht berücksichtigt[15]. Dem Schutzbedürfnis des Eigentümers ist

12) Boehmer, AcP 123, S. 335 ff.(337, 355), meint, außer der Hypothek sei auch die Grundschuld erst auf Grund eines "Zweckwandels" zu einer solchen "Rechtsform zur Kapitalinvestierung in Bodenwerte" geworden. Aus der Entstehungsgeschichte dieses Rechtsinstitutes ergibt sich jedoch, daß es von vornherein um die Schaffung einer Rechtsform ging, die vor allem dazu geeignet sein sollte, dem Grundbesitz Kapital zufließen zu lassen, vgl. Puntschart, S. 8 und 110 f., mit weiteren Nachweisen.

13) Anfangs wurde der Verkehrsfähigkeit besonders große Bedeutung zugemessen, vgl. Puntschart, S. 8 und 27 m.w.Nw. Sie wurde während der Vorarbeiten zum BGB sogar als die einzige Rechtfertigung für die Einführung der Grundschuld angesehen, und es sollten deshalb ursprünglich weder bedingte noch betagte Grundschulden zugelassen werden, vgl. Mugdan III, S. 439. In der Praxis liegt heute der Wert der Grundschuld jedoch besonders in ihrer Unkompliziertheit, vgl. Huber, S. 61.

14) Was nützt dem Eigentümer die prozessuale Garantie, wenn ihm seine Einwendungen oder Einreden aufgrund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb abgeschnitten sind oder wenn er sich in Beweisnot befindet ?!

15) Wissenschaft und Rechtsprechung haben deshalb immer wieder nach Lösungen suchen müssen, durch die das Schutzbedürfnis des Eigentümers und der Nachranggläubiger befriedigt werden kann. Ein guter Überblick über die Richtungen, in die diese Lösungsversuche gingen bzw. gehen, findet sich bei Knöchlein, Bl. f. Grundstücksrecht 1958, S. 305 ff.

jedoch wenigstens dann weitgehend Rechnung getragen, wenn die Grundschuld im Rahmen eines langfristigen Kreditverhältnisses bestellt wird. In diesem Falle können die Befugnisse des Kreditgebers im voraus genau umgrenzt werden, sodaß der Eigentümer die ihm zustehenden "Eigeneinreden" ins Grundbuch eintragen lassen kann. Eine solche Eintragung hat zur Folge, daß das "Zwangsvollstreckungsprinzip" sich im Streitfall nicht nur formell, sondern auch materiell zum Schutze des Eigentümers auswirkt. Vermag sich aber ein so wesentliches Strukturprinzip wie das "Zwangsvollstreckungsprinzip" erst dann voll auszuwirken, wenn die Grundschuld im Rahmen eines langfristigen Kreditverhältnisses verwendet wird, so muß der Schluß gezogen werden: Dieser Grundpfandrechtstypus ist für eine Verwendung im Rahmen solcher Lebensverhältnisse vorgesehen, in denen das Grundvermögen als Basis für langfristige Kreditgeschäfte herangezogen werden soll, denn nur in diesen Fällen kommen alle seine wesentlichen Strukturelemente sinnvoll zum Tragen[16].

2.) Hypothekenformen

Die Hypothekenformen sind gleichsam aus dem "Rohmaterial" der Grundschuld herausmodelliert. Zu den Strukturprinzipien der Grundschuld treten jeweils weitere Merkmale hinzu, die das Grundpfandrecht umformen und besonderen Zwecken dienstbar machen. Die Strukturprinzipien der Grundschuld sind also bei allen Hypothekenformen zu finden, allenfalls sind sie in ihren Auswirkungen abgeschwächt oder modifiziert. Insbesondere sind jedoch die Hypothekenformen ebenso wie die Grundschuld "abstrakte" dingliche Rechte mit der sich aus dem § 1157 ergebenden Einschränkung[17].

---

16) Die hier vertretene Auffassung klingt an bei Janberg, ZkW 1949, S. 496, der meint, die Grundschuld sei ursprünglich als Sicherung für langfristige Kredite gedacht, und außerdem bei Lindemann, JW 1931, S. 2613, soweit dieser hinsichtlich der Sicherung eines Kreises wechselnder Forderungen durch Grundschulden meint, der Versuch, eine allen Teilen gerecht werdende Grundschuldfassung zu finden, werde nicht restlos gelingen, weil man eben "eine Rechtseinrichtung für Zwecke verwenden" wolle, "für die sie nicht geschaffen" sei.

17) Zur "Abstraktheit" der Hypothek vgl. Westermann, SR, § 93, II.4.b), und Wolff-Raiser, SR, § 132, II.

a) Verkehrshypothek

Von besonderer Bedeutung für die Struktur der Verkehrshypothek ist ihre Akzessorietät, ihre "Angelehntheit" an eine nach Art und Umfang genau bestimmte Forderung. Diese "Angelehntheit" hat zunächst Auswirkungen auf die Existenz der Hypothek als solcher. Ohne die zu sichernde Forderung kann die Hypothek weder entstehen, noch kann sie als Hypothek weiterbestehen. Fehlt die Forderung von Anfang an oder erlischt sie später, so bleibt das Grundpfandrecht als Eigentümergrundschuld in der Hand des Eigentümers, beziehungsweise fällt es an diesen zurück (§§ 1163 Abs.I, 1177: "Rückfallgebot"!). Weiterhin ist die "Angelehntheit" von Bedeutung für die Frage, wem das Grundpfandrecht zusteht. Mit der Abtretung der Forderung geht auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Forderung und Hypothek können nicht voneinander getrennt werden (§ 1153: "Mitlaufgebot"![18]). Aufgrund der Akzessorietät ist die Forderung schließlich aber nicht nur dafür maßgebend, ob die Hypothek überhaupt als solche besteht und wem sie zusteht; sie hat vielmehr auch darüber hinaus einen beherrschenden Einfluß auf das Grundpfandrecht, und zwar so weitgehend, daß Inhalt und Umfang des dinglichen Rechts praktisch von der Forderung bestimmt werden. Jede rechtlich mögliche Modalität einer Geldforderung kann grundsätzlich zum Inhalt der Hypothek werden[19]. Die Auswechselung der gesicherten Forderung ist dementsprechend ein Eingriff in den Inhalt der Hypothek und als solcher nur unter Beachtung umständlicher Formalitäten möglich (§ 1180). Durch das "Anlehnungsprinzip" werden der Eigentümer und insbesondere seine nicht oder nur nachrangig gesicherten Gläubiger begünstigt.

---

18) Dieser Ausdruck wurde von Heck, SR, § 96, 2., geprägt. Das Verbot der Trennung von Hypothek und Forderung sieht Heck, a.a.O., § 96, 3., jedoch als nicht bindend an, da es der sachlichen Begründung entbehre und nur auf dem sog. "Anlehnungsdogma" beruhe. Dieses Dogma will er, a.a.O., § 78, durch seine Theorie der "Zweckgemeinschaft" überwinden. Vgl. dazu Baur, SR, § 36, III.1., Westermann, SR, § 93, II.4.c), sowie Wolff-Raiser, SR, § 132, I.1.

19) Damit gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit - soweit er die Begründung und Ausgestaltung von Geldforderungen beherrscht - in gewissem Umfang auch für die inhaltliche Ausgestaltung einer Hypothek; vgl. dazu Riedel, DNotZ 1954, S. 454 ff.(457 f.).

Das "Rückfallgebot" verhindert eine Diskrepanz zwischen der dem Hypothekar schuldrechtlich "gebührenden" und der ihm sachenrechtlich "zustehenden" Rechtsposition[20]. Das wirkt sich vor allem beim Konkurs des Kreditgebers aus. Der Eigentümer kann die ihm zustehende Eigentümergrundschuld ohne weiteres aussondern. "Rückfallgebot" und "Mitlaufgebot" gemeinsam schützen außerdem den Eigentümer weitgehend vor einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme. Ohne Rücksicht darauf, wer gerade Inhaber des Grundpfandrechtes ist, kann im Normalfall aus dem Grundstück nur der Teil des Kapitals beigetrieben werden, der tatsächlich durch eine Forderung gedeckt ist. Die Gefahr einer "Verdoppelung" der Leistungspflicht ist ausgeschlossen. Allerdings ist die "Vermutungs-" und "Gutglaubenswirkung" des Grundbuches auf die gesicherte Forderung ausgedehnt, soweit diese inhalts- und zuständigkeitsbestimmend für das Grundpfandrecht ist (§ 1138). Das ändert aber nichts an der grundsätzlichen Interessenwertung[21]. Das "Anlehnungsprinzip" befriedigt demnach das "Erhaltungsinteresse" des Eigentümers, soweit das ohne Beeinträchtigung des Grundpfandrechtsverkehrs möglich ist. Durch den "Rückfall" wird der Eigentümer gleichzeitig befähigt, den Grundstückswert möglichst vollständig zur Kreditaufnahme auszunutzen. Schon nach Tilgung auch nur eines Teiles der gesicherten Forderung steht der zur Sicherung nicht mehr benötigte Grundstückswert automatisch wieder zu neuer Beleihung zur Verfügung. Dieser Umstand kommt dem "Kreditinteresse" des Eigentümers zugute. Er ist aber auch für die nicht oder nur nachrangig gesicherten Gläubiger des Eigentümers von großem Interesse: Durch den "Rückfall" erlangen sie ein wertvolles Zugriffsobjekt; eine Übersicherung des Hypothekars ist ausgeschlossen; nachrangige

---

20) Daß es zu einer Diskrepanz zwischen der wirklichen und der im Grundbuch ausgewiesenen Rechtsstellung kommen kann, ändert nichts an der materiellen Struktur der Hypothek.

21) Der "pathologische" Fall des § 1138 darf nicht dazu verleiten, die grundsätzliche Interessenwertung zu leugnen, die aus dem "Mitlaufgebot" und dem "Rückfallgebot" zu entnehmen ist. Diese zwingt dazu, unter Umständen sogar den gutgläubigen Erwerb der gesicherten Forderung zuzulassen, vgl. Baur, SR, § 38, IV.1., Beispiel (d), m.w.Nw., sowie Westermann, SR, § 106, III.4. Die Ansicht von Heck, SR, § 96, 2., das "Mitlaufgebot" sie nur eine Konstruktion, ihm liege keine Interessenwertung zugrunde, ist unzutreffend. Gegen Heck besonders Lehmann, S. 39 f.

Grundpfandrechtsgläubiger können sich mit Hilfe einer Löschungsvormerkung (§ 1179) die freiwerdenden Wertteile im voraus "reservieren" lassen. Aber nicht nur das "Rückfallgebot" dient dem "Haftungsinteresse" der nachrangigen Gläubiger, das "Anlehnungsprinzip" hat auch noch in anderer Hinsicht günstige Auswirkungen für sie: Die für eine Forderungsauswechselung notwendigen Formalitäten hindern den Eigentümer daran, die "Verschuldung" seines Grundvermögens übereilt zu verlängern. Ganz allgemein wirken im übrigen die mit dem "Anlehnungsprinzip" verbundenen Schwerfälligkeiten als Hemmnisse für die "Bodenverschuldung". Das "Anlehnungsprinzip" kommt also dem "Kredit-" und "Erhaltungsinteresse" des Eigentümers entgegen, dient dem "Haftungsinteresse" der nachrangigen Gläubiger und liegt schließlich im Sinne einer wirtschaftspolitischen Zielsetzung, die eine "Verschuldung" des Grundvermögens erschweren oder zumindest in Grenzen halten will.

Das Eingreifen des "Anlehnungsprinzips" und die daraus folgende Interessenabgrenzung befähigen die Verkehrshypothek, mehrere Funktionen zu erfüllen. Die enge Verknüpfung des dinglichen Verwertungsrechtes mit dem Schicksal einer Forderung macht dieses in erster Linie zu einem Instrument zur Sicherung von Forderungen. Die Verkehrshypothek erleichtert dem Kreditgeber im Notfall die Realisierung seiner Forderung. Als "geborene Sicherheit"[22] ist sie auf eine "Sicherungsfunktion" zugeschnitten. Die mit dem "Anlehnungsprinzip" verbundenen Schwerfälligkeiten - besonders das "Rückfallgebot" - schließen dabei einen steten Wechsel der gesicherten Forderung nach Art und Höhe aus und legen die Verkehrshypothek auf eine Sicherungsfunktion im Rahmen langfristiger Kreditgeschäfte fest. Damit ist die Bedeutung dieses Grundpfandrechtstypus aber noch nicht erschöpfend umrissen[23]. Die Verkehrshypothek kann vielmehr einmal noch zusätzlich eine "Grundvermögensschutzfunktion" erfüllen. "Anlehnungs-" und "Zwangsvollstreckungsprinzip" bewirken gemeinsam eine Schonung des Grundvermögens, die in diesem Umfang nicht mehr nur als "Begleiterscheinung"

---

22) Diese Bezeichnung gebraucht Scholz, S. 279.
23) Boehmer, AcP 123, S. 335 ff., meint allerdings, die beherrschende gesetzliche Zweckvorstellung sei auf die Sicherungsfunktion abgestellt; dagegen jedoch Lehmann, S. 7.

der Sicherungsfunktion erklärt werden kann. Zum anderen eignet sich die Verkehrshypothek schließlich auch dazu, eine "Investierungsfunktion" zu erfüllen[24]. Es ist dafür Sorge getragen, daß das "Anlehnungsprinzip" die Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechtes nicht beeinträchtigt und auch keine Umkehrung der Beweislast bewirkt. Infolgedessen begünstigt die Verkehrshypothek ebenso wie die Grundschuld den Umsatz des Grundvermögens in Kapital zur Investitionsmittelbeschaffung, und bietet sie dem Kreditgeber ebenfalls eine seinen Interessen in jeder Beziehung gerecht werdende Anlagemöglichkeit.

Die Fähigkeit der Verkehrshypothek, in der beschriebenen Weise drei verschiedene Funktionen zu erfüllen, macht sie zu einem Grundpfandrechtstypus, der die unterschiedlichen, bei einer Grundpfandrechtsbestellung sich überschneidenden Interessen am gleichmäßigsten befriedigt und am ausgewogensten den allgemeinen Bedürfnissen Rechnung trägt, die einerseits eine Schonung des Grundvermögens und andererseits die Förderung des Kreditwesens verlangen.

b) Höchstbetragshypothek

Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse, zu deren Befriedigung sie geeignet ist, ist die Höchstbetragshypothek eine besonders wichtige Hypothekenform. In der Praxis wird sie allerdings gleichwohl kaum noch verwendet[25].

Auch für sie gilt das "Anlehnungsprinzip": Eine zu sichernde Forderung wirkt inhalts- und zuständigkeitsbestimmend auf sie ein[26]; "Rückfallgebot" und "Mitlaufgebot" ver-

---

24) Es ist unrichtig, wenn Boehmer, a.a.O., diese Funktion erst aus einem "Zweckwandel" herleitet; dagegen mit Recht Lehmann, a.a.O. Daß die Gesetzesverfasser auch in der Verkehrshypothek eine "Rechtsform für die Kapitalinvestierung in Bodenwerte" schaffen wollten, wird in den Motiven zum späteren § 1138 deutlich: Für diese Bestimmung spreche auch die Rücksicht auf den Realkredit, da das Kapital um so reichlicher dem Grundbesitz zufließen werde, je leichter das Gesetz die Geltendmachung der Hypothek gestalte, vgl. Mugdan III,S.388.

25) Im Bankverkehr vor allem zieht man es vor, an Stelle der Höchstbetragshypothek die Grundschuld zu verwenden; vgl. dazu Trost-Schütz, BFB, S. 500 f., und Serick, II,S.414, m.w.Nw.

26) Wie eng die Verknüpfung auch hier ist, zeigt sich darin, daß eine Forderungsauswechselung ebenfalls nur in dem umständlichen Verfahren nach § 1180 möglich ist.

hindern eine Diskrepanz zwischen der dem Hypothekar schuldrechtlich "gebührenden" und der ihm sachenrechtlich "zustehenden" Rechtsposition. Anders als bei der Verkehrshypothek ist jedoch das "Anlehnungsprinzip" insofern strenger durchgeführt, als es nicht zugunsten der Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechtes abgeschwächt ist. Die Höchstbetragshypothek ist zwingend "Sicherungshypothek". Der öffentliche Glaube des Grundbuches erstreckt sich nicht auf die gesicherte Forderung (§§ 1190 Abs. III, 1184, 1185). Die Hypothek kann also nur dann erworben werden, wenn die gesicherte Forderung tatsächlich besteht. Ferner kann sich der Hypothekar hinsichtlich der Forderung nicht auf die "Vermutungswirkung" der Grundbucheintragung berufen. Diese strenge Festlegung der Höchstbetragshypothek auf den Sicherungszweck drängt das"Verwertungsinteresse" des Hypothekars einseitig zugunsten des "Erhaltungsinteresses" des Eigentümers zurück. Der Hypothekar kann das Grundpfandrecht kaum durch Veräußerung in Geld umsetzen, und bei der "Verwirklichung" seines Verwertungsrechtes hat er die Beweislast hinsichtlich der Forderung zu tragen. Der Eigentümer auf der anderen Seite hat die Gewähr, daß aus seinem Grundstück tatsächlich nur der wirklich geschuldete Betrag beigetrieben werden kann. Im übrigen dient das "Anlehnungsprinzip" auch bei der Höchstbetragshypothek dem "Kreditinteresse" des Eigentümers. Auch hier steht der zur Sicherung endgültig nicht mehr benötigte Wert automatisch wieder zu neuer Beleihung zur Verfügung. - Schließlich kommt das "Anlehnungsprinzip" hier ebenfalls dem "Haftungsinteresse" nachrangiger Gläubiger zugute. Mit dem endgültig nicht mehr zur Sicherung benötigten Grundstückswert erlangen sie automatisch ein wertvolles Zugriffsobjekt. Sie können sich diesen Wert auch schon im voraus durch eine Löschungsvormerkung "reservieren" lassen. Durch die Umständlichkeit der Forderungsauswechselung ist ferner eine Verlängerung der "Bodenverschuldung" erschwert. - Ganz allgemein ist die aus der strengen Akzessorietät der Höchstbetragshypothek resultierende "Unhandlichkeit" dieses Grundpfandrechtstypus geeignet, die "Bodenverschuldung" zu hemmen und einem entsprechenden Interesse der Allgemeinheit zu dienen[27].

---

27) Das wird regelmäßig in den Äußerungen über die "Unbrauch-

Ihren besonderen Charakter erhält die Höchstbetragshypothek jedoch durch ein Strukturprinzip, das das "Anlehnungsprinzip" modifiziert. Man kann es das "Rahmenprinzip" nennen. Es steht lediglich der Höchstbetrag der zu sichernden Forderung fest und außerdem nur der Forderungskreis, aus dem sie hervorgehen kann. Die konkret zu sichernde Forderung ist nach Rechtsgrund und Höhe unbestimmt und nur im Einzelfall bestimmbar. Das Grundpfandrecht ist also nur an einen Forderungs-Kreis angelehnt; allein dieser ist inhalts- und zuständigkeitsbestimmend[28]. Innerhalb des gesicherten Forderungskreises können die Ansprüche nach Art und Höhe ständig wechseln; er kann auch so abgesteckt werden, daß er Forderungen mehrerer Gläubiger gegen mehrere Schuldner umfaßt[29]. Durch die mit diesem "Rahmenprinzip" verbundene Auflockerung der Akzessorietät wird jedoch das "Rückfallgebot" nicht außer Kraft gesetzt. Die Höchstbetragshypothek ist wirklich Hypothek nur bis zu der Höhe, die die Forderungen aus dem gesicherten Forderungskreis insgesamt jeweils erreichen. Im übrigen ist sie Eigentümergrundschuld, und zwar auflösend bedingt durch die weitere Ausfüllung des mit dem Höchstbetrag abgesteckten Rahmens. Soll das Verwertungsrecht verwirklicht werden, so ist dafür die Beendigung des zunächst gegebenen Schwebezustandes notwendig. Diese erfolgt durch die Forderungs-Feststellung (§ 1190 Abs.I), mit welcher endgültig fixiert wird, bis zu welcher Höhe das Hypothekenrecht reicht und inwieweit dem Eigentümer eine Eigentümergrundschuld zusteht. - Das "Rahmenprinzip" dient sowohl dem "Kreditinteresse" des Eigentümers als auch dem "Zuordnungsinteresse" des Kreditgebers. Es ermöglicht einerseits dem Eigentümer die Ausnutzung des Grundstückswertes als Kreditunterlage auch in den Fällen, in denen sein Kreditbedürfnis von vornherein weder nach Art noch Umfang genau umrissen werden kann, in denen er

---

barkeit" der Höchstbetragshypothek nicht in Erwägung gezogen. Es herrscht dort vielmehr eine einseitig an den Interessen des Kreditgebers orientierte Argumentation vor. Vgl. z. B. Seckelmann, S. 48 f., und Trost-Schütz, BFB, S. 500 f.

28) Auf ihn muß sich daher auch gegebenenfalls die Forderungsauswechselung beziehen. Eine solche ist vor allem dann notwendig, wenn nach Veräußerung der Hypothek die Ansprüche des Erwerbers gesichert werden sollen, vgl. Baur, SR,§42,III.2.d).

29) Vgl. Baur, SR, § 42,.III.1.a).

vielmehr eines Kontokorrentkredites bedarf. Der Kreditgeber andererseits bekommt einen sicheren Vermögenswert in die Hand, obwohl Rechtsgrund und Höhe seiner Forderung noch nicht benau feststehen.

Die "Anlehnung" des Verwertungsrechtes an einen zu sichernden Forderungskreis macht die Höchstbetragshypothek in erster Linie zu einer Rechtsform zur Sicherung von Forderungen, befähigt sie, eine "Sicherungsfunktion" zu erfüllen. Da sie sich aber nur an einen Forderungs-Kreis anlehnt, ist sie auf eine Sicherungsfunktion im Rahmen von laufenden Geschäftsverbindungen mit einem ständig nach Rechtsgrund und Höhe wechselnden Bestand von Forderungen beschränkt[30]. - Die Höchstbetragshypothek ist jedoch nicht nur zur Erfüllung einer solchen Sicherungsfunktion geeignet, sondern sie vermag außerdem noch eine "Grundvermögensschutzfunktion" zu erfüllen. Auch und gerade bei ihr bewirken "Zwangsvollstreckungs-" und "Anlehnungsprinzip" gemeinsam eine Schonung des Grundvermögens, die in diesem Ausmaß nicht mehr allein als "Begleiterscheinung" der Sicherungsfunktion zu erklären ist. Einschränkung der Verkehrsfähigkeit und Beweislastverteilung zum Nachteil des Gläubigers bewirken, daß nicht allein die Realisierung der Forderung im Notfall gewährleistet ist, sondern gleichzeitig unter allen Umständen - und sei es auch auf Kosten des Gläubigers - eine ungerechtfertigte Verwertung des Grundvermögens verhindert wird. Die damit verbundene Zurückdrängung des "Verwertungsinteresses" des Kreditgebers macht die Höchstbetragshypothek als "Rechtsform für die Kapitalinvestierung in Bodenwerte" ungeeignet[31]. Das ist aber durchaus mit ihrem eng begrenzten wirtschaftlichen Verwendungsbereich zu vereinbaren. In diesem liegt sogar eine Einschränkung der Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechtes nahe. In ihm ist einerseits ein besonderes Schutzbedürfnis des Eigentümers in Rechnung zu stellen, da es diesem angesichts der dauernd

30) Daß die Gesetzesverfasser die Höchstbetragshypothek auch auf eine so begrenzte Sicherungsfunktion festlegen wollten, ergibt sich aus den Motiven zum BGB, vgl. Mugdan III, S. 345 f.

31) Das haben auch die Gesetzesverfasser gesehen: In den Motiven zum BGB heißt es, die nicht verkehrsfähige Sicherungshypothek (also auch die Höchstbetragshypothek) vermöge den Realkredit nicht in befriedigender Weise zu vermitteln, sie diene anderen Zwecken (vgl. Mugdan III, S. 339).

wechselnden Höhe seiner Schuld unmöglich ist, eine Diskrepanz zwischen der materiellen und der buchmäßigen Rechtslage zu verhindern. Andererseits besteht für den Kapitalgeber kein Bedürfnis nach einer Verkehrsfähigkeit des Grundpfandrechtes.[32] Der Zuschnitt der Höchstbetragshypothek auf diese Interessenlage macht sie zu einer Rechtsform, die vor allem dem Schutzbedürfnis des Eigentümers Rechnung trägt und gleichzeitig einem allgemeinen Interesse an der Schonung des Grundvermögens genügt.

c) Wertpapierhypothek

Wie die Höchstbetragshypothek so ist auch die Wertpapierhypothek ein Rechtsinstitut, das zwar in der sachenrechtlichen Typenordnung seiner wirtschaftlichen Zweckbestimmung nach einige Bedeutung hat, in der Praxis jedoch immer weniger Verwendung findet[33].

Für sie gilt ebenfalls das "Anlehnungsprinzip", jedoch in einer besonderen Ausgestaltung. Zuständigkeits- und inhaltsbestimmend sind für sie Forderungen aus Inhaberschuldverschreibungen oder Orderpapieren. Sie kann nur als Sicherungshypothek bestellt werden (§ 1187), sodaß ein Konflikt zwischen dem wertpapierrechtlichen Gutglaubensschutz und dem liegenschaftsrechtlichen ausgeschlossen ist, soweit es sich um die gesicherte Forderung handelt[34]. Die Ausschaltung des liegenschaftsrechtlichen Gutglaubensschutzes unterwirft das Grundpfandrecht dem Wertpapierrecht, abgesehen von den nicht mit der Forderung zusammenhängenden Fragen. Dadurch wird nicht nur die Umlauffähigkeit der gesicherten Wertpapiere erhalten, sondern gleichzeitig das dingliche Recht dem börsenmäßigen Umsatz zugänglich gemacht. Die strenge Durchführung der Akzessorietät liegt vor allem im Interesse des Kredit-

32) Darauf weist hin Huber, S. 60 f.
33) Die Bankpraxis bevorzugt an ihrer Stelle die Grundschuld, vgl. Huber, S. 72 f., sowie Trost-Schütz, BFB, S. 513.
34) Zu der Frage, was mit der Ausgestaltung der Wertpapierhypothek zur Sicherungshypothek erreicht wird, vgl. im einzelnen Wolff-Raiser, SR, § 152, II. Diese Frage ist nicht erschöpfend damit beantwortet, daß der Ausschluß des Hypothekenbriefes erzwungen werde, wie Westermann, SR, § 112, I.2., meint.

gebers. Er wird in die Lage versetzt, in sehr bequemer Weise das Grundpfandrecht jederzeit wieder in Geld umzusetzen ("Verwertungsinteresse"). Das darf jedoch nicht dazu verleiten, die Bedeutung zu übersehen, die das "Anlehnungsprinzip" auch und gerade bei der Wertpapierhypothek für den Eigentümer hat. Das "Mitlaufgebot" verhindert eine Trennung von Wertpapierforderung und Grundpfandrecht, und da sein Eingreifen ausschließt, daß Wertpapier und Hypothek jeweils einen eigenen Weg gehen, kann es niemals zu einer "Verdoppelung" der Leistungspflicht des Eigentümers kommen. Außerdem bewirkt auch hier das "Rückfallgebot", daß die zur Sicherung nicht mehr benötigten Teile des Grundstückswertes automatisch an den Eigentümer zurückfallen und zu neuer Beleihung zur Verfügung stehen. Auch die Konstruktion der Wertpapierhypothek trägt also dem "Erhaltungs-" und "Kreditinteresse" des Eigentümers Rechnung und berücksichtigt gleichzeitig das "Haftungsinteresse" der nachrangigen Gläubiger. Auch sie ist außerdem geeignet, einem allgemeinen Interesse an einer Schonung des Grundvermögens zu dienen.

Das zweite für die Wertpapierhypothek typische Strukturprinzip kann man das "Anonymitätsprinzip" nennen. Bei Inhaber-schuldverschreibungen stehen die Gläubiger nicht fest, sodaß sie nicht im Grundbuch angegeben werden können. Dem wird einmal dadurch Rechnung getragen, daß zur Bestellung der Hypothek eine einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt genügt (§ 1188). Zum anderen kann zur Wahrnehmung der Gläubigerrechte ein Vertreter bestellt und im Grundbuch eingetragen werden (§ 1189). Diese Möglichkeiten, von der Person des Hypothekengläubigers abzusehen, liegen im Interesse des Eigentümers. Sie erleichtern ihm den Umsatz seines Grundvermögens in Kapital ("Kreditinteresse") und die Wahrnehmung seiner Rechte gegenüber den Grundpfandrechtsgläubigern ("Erhaltungsinteresse").

Die enge Verknüpfung des Grundpfandrechtes mit einer zu sichernden Forderung charakterisiert die Wertpapierhypothek wie auch die anderen Hypothekenformen in erster Linie als eine Rechtsform, die dem Gläubiger die Realisierung seiner

Forderung erleichtert. Da es sich bei der Wertpapierhypothek um Forderungen aus Inhaberschuldverschreibungen oder Orderpapieren handelt, ist sie auf eine Sicherungsfunktion im Zusammenhang mit Anleihen festgelegt, die durch Ausgabe derartiger Wertpapiere aufgenommen werden. - Wiederum bewirken dabei aber "Anlehnungs-" und "Zwangsvollstreckungsprinzip" noch zusätzlich einen weitgehenden Schutz des Grundvermögens, so daß man der Wertpapierhypothek auch eine "Grundvermögensschutzfunktion" zusprechen kann. Damit ist die Wertpapierhypothek der besonderen Interessenlage bei der Sicherung von Wertpapierforderungen durch Grundpfandrechte angepaßt. Der Eigentümer ist hier besonders schutzbedürftig, und das Grundvermögen bedarf hier in besonderem Maße eines Schutzes gegen eine ungerechtfertigte Verwertung. Da nicht nur im Sachenrecht, sondern auch im Wertpapierrecht ein gutgläubiger Erwerb möglich ist, bestände ohne das "Anlehnungsprinzip" in hohem Grade die Gefahr eine "Verdoppelung" der Leistungspflicht[35]. - Die mit dem Institut der Wertpapierhypothek gegebenen Möglichkeiten, den in einem Grundstück steckenden Wert sogar börsenmäßig in Kapital umzusetzen, kennzeichnen diesen Grundpfandrechtstyp schließlich als eine Rechtsform, die die Investitionsmittelbeschaffung auf der Basis des Grundvermögens sehr erleichtert und eine günstige Kapitalanlagemöglichkeit bietet, also als eine "Rechtsform zur Kapitalinvestierung in Bodenwerte". - Demnach kann die Wertpapierhypothek die gleichen Funktionen erfüllen wie die Verkehrshypothek, nämlich eine "Sicherungs-", eine "Grundvermögensschutz-" und eine "Investierungsfunktion" - allerdings beschränkt auf das besondere Gebiet des Anleihewesens. Auf diesem begrenzten Feld ist sie jedoch ebenso wie die Verkehrshypothek auf dem ihren zur gleichmäßigen Befriedigung der sich überschneidenden privaten und öffentlichen Interessen gut geeignet.

---

35) Ist sowohl das dingliche Recht als auch die Forderung mit Mängeln behaftet, so könnte der Scheingläubiger beide Rechte jeweils an eine andere gutgläubige Person abtreten und damit dem Eigentümer-Schuldner eine doppelte Leistungspflicht auferlegen !

d) Gesamthypothek

Alle bisher beschriebenen Grundpfandrechtsformen können auch als Gesamthypothek bestellt werden. Bei dieser handelt es sich nicht um eine neben den anderen stehende und von diesen streng abgrenzbare Grundpfandrechtsart, sondern um eine Modifikation. Es treten zu den Strukturprinzipien des jeweiligen Grundpfandrechtstypus ergänzend weitere Merkmale hinzu, die ihn zu einer Gesamthypothek machen.

Die erste Besonderheit der Gesamthypothek stellt das Objekt des dinglichen Verwertungsrechtes dar. Eine Gesamthypothek belastet mehrere Grundstücke (Grundsatz der "Objektmehrheit"), ohne Rücksicht darauf, ob sie einem oder mehreren Eigentümern gehören. - Diese Belastung mehrerer Grundstücke wird - zweitens - dadurch als Gesamthypothek gekennzeichnet, daß es sich um ein einheitliches Recht handelt (Grundsatz der "Rechtseinheitlichkeit"). Es handelt sich um eine einzige Grundpfandrechtsart. Sie steht an allen Grundstücken demselben Gläubiger oder derselben Gläubigermehrheit zu und lehnt sich - sofern sie akzessorisch ist - an ein und dieselbe Forderung an. Zahlungs- und Kündigungsbedingungen sind gleich[36]. Das Grundpfandrecht kann nur einheitlich übertragen, belastet oder geändert werden[37]. - Dieses einheitliche dingliche Verwertungsrecht ist schließlich - drittens - auf die Beitreibung einer bestimmten Geldsumme aus den belasteten Grundstücken derart gerichtet, daß jedes Grundstück für die gesamte Summe haftet, während der Gläubiger nur einmal zur Beitreibung des Betrages befugt ist, dabei jedoch nach seiner freien Wahl alle Grundstücke zugleich oder nur eines allein oder mehrere einzelne verwerten kann (§ 1132 Abs. I: Grundsatz der "Wahlfreiheit").

Die besonderen Strukturprinzipien der Gesamthypothek berücksichtigen in erster Linie die Interessen des Kreditgebers.

36) So Soergel-Siebert-Baur, § 1132, Rdnr. 9 m.w.Nw. Diese Frage ist jedoch sehr umstritten, vgl. Staudinger-Scherübl, § 1132, Rdnr. 17 m.zahlr.Nw., sowie Westermann, SR, § 109, II.2. Die Auffassung von Baur bei Soergel-Siebert ist vorzuziehen, wenn man mit Raiser, JR 1955, S. 118, die Funktion der dinglichen Rechte nicht lediglich in der Güterzuordnung sieht: Dann kann man die Einheitlichkeit der Gesamthypothek nicht wie Westermann auf die Zuordnung beschränken.

37) Vgl. Baur, SR, § 43, II.4.c).

Verliert nach der Bestellung des Grundpfandrechtes eines der belasteten Grundstücke an Wert, so wird regelmäßig diese Wertminderung durch die Wertreserven oder gar eine Werterhöhung eines oder einiger der anderen Grundstücke ausgeglichen. Da der Grundsatz der "Wahlfreiheit" gilt, ist dem Kreditgeber infolgedessen jedes Risiko abgenommen, sein "Zuordnungsinteresse" ist in höchstem Maße befriedigt. Demgegenüber treten die Eigentümer-Interessen und die Interessen nachrangiger Gläubiger in den Hintergrund[38]. Der Grundsatz der "Rechtseinheitlichkeit" schützt Eigentümer und Nachranggläubiger aber wenigstens vor einer "Vervielfältigung" des Verwertungsrechtes. Außerdem bewirkt er, daß die Eigentümer der einzelnen Grundstücke und die Nachhypothekare dem Gläubiger gleichberechtigt gegenüberstehen und nicht dem "Zwang" ausgesetzt sind, ihn durch "Opfergaben" zu einer Sonderregelung zu ihren Grunsten zu bewegen[39].

Die für die Gesamthypothek charakteristische Struktur "prädestiniert" diesen Grundpfandrechtstypus zur Verwendung im Rahmen von Kreditverhältnissen, in denen ein wirtschaftliches Bedürfnis besteht, mehrere Grundstücke gemeinsam als Kreditunterlage heranzuziehen, weil der Kreditgeber anderenfalls keinen vollwertigen und genügend sicheren Vermögenswert in die Hand bekommt. Indem sie sicherstellt, daß der wirtschaftliche Wert des jeweiligen Grundpfandrechtes unter allen Umständen erhalten bleibt, vermag sie im Rahmen eines derartigen Kreditverhältnisses eine "Werterhaltungsfunktion" zu erfüllen.

---

38) Vgl. Baur, SR, § 43, I.2., und Westermann, SR, § 109,I.2. Allerdings dürfte die Lage des Eigentümers und der Nachranggläubiger nicht ganz so negativ zu beurteilen sein, wie das in der Regel geschieht. Wenn die Grundstücke jeweils mit einem Einzelgrundpfandrecht belastet wären, so hätten Eigentümer und Nachranggläubiger sogar die sichere Aussicht, daß in "ihr" Grundstück vollstreckt würde. Man denke z.B. an die Belastung mit einer Grundschuld zum gleichen Nennbetrag. Die Gefahr liegt nicht so sehr in dem Wahlrecht des Hypothekars, als darin, daß der Nennbetrag der Gesamthypothek in der Regel den Wert der Einzelgrundstücke jeweils ausschöpft oder gar übersteigt.

39) Im übrigen ist ihren Interessen bei der Lösung des "Tilgungs-" und "Regreßproblems" zum Teil Rechnung getragen, vgl. Baur, SR, § 43, II., sowie Westermann, SR, § 109, I.2.

V. Kapitel:
"Atypische" Gestaltungen im Wirkungsbereich des § 1157 BGB und gesetzliche Wertentscheidungen

Es sind nunmehr alle Fragenkomplexe untersucht worden, über die Klarheit bestehen muß, wenn die Grenzen der Privatautonomie im Wirkungsbereich des § 1157 abgesteckt werden sollen: Welchen Sinn und Zweck hat die Bestimmung des § 1157? In welcher Weise sind dem privatautonomen Handeln im Sachenrecht grundsätzlich Grenzen gezogen, und wie können diese überschritten sein ? Wie sieht die gesetzliche Ordnung aus, in die auf dem Wege über die Einreden des § 1157 eingegriffen werden kann ? Nachdem auf diese Fragen Antworten gefunden worden sind, kann nun die eigentliche Aufgabe dieser Arbeit in Angriff genommen werden. - Wie die Grenzen des privatautonomen Handelns im Wirkungsbereich des § 1157 verlaufen, ist nur zu bestimmen, indem die hier gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten einzeln daraufhin untersucht werden, ob sie mit dem Gesetz in Einklang stehen. Die Grenzen des privatautonomen Handelns sind in denjenigen Fällen überschritten, in denen kraft des § 1157 der benutzte Grundpfandrechtstypus eine Gestalt erhält, die im Widerspruch zu gesetzlichen Wertentscheidungen steht. Welche Fälle das im einzelnen sind, ist nur dadurch zu ermitteln, daß alle denkbaren "Eigeneinreden" - der besseren Übersicht wegen nach Fallgruppen geordnet - dargestellt und auf ihre Auswirkungen hin überprüft werden. Dabei muß sich zeigen, welche Fälle "kritisch" sind, das heißt durch welche Vereinbarungen den Grundpfandrechtstypen eine "wertungswidrige" Gestalt gegeben wird, wann die Parteien also gesetzliche Wertentscheidungen mißachten und deshalb keinen Rechtsschutz erhalten.

Zur Diskussion steht jedoch allein die Frage, inwieweit der § 1157 einen Weg öffnet, die Grundpfandrechtstypen durch vertragliche Vereinbarungen umzugestalten und so besonderen, im Gesetz nicht berücksichtigten Bedürfnissen anzupassen. Deshalb können von vornherein zwei Gruppen denkbarer "Eigeneinreden" ausgeschieden werden. Dazu gehören einmal die aus

gesetzlichen Schuldverhältnissen abgeleiteten "Eigeneinreden" insbesondere also die "Einrede der Bereicherung" und die "Einrede der unerlaubten Handlung". Bei ihnen ist schon auf Grund ihres gesetzlichen Ursprungs ein Konflikt mit gesetzlichen Wertentscheidungen ausgeschlossen[1]. Zum anderen können die "Eigeneinreden" ausgeschieden werden, die sich aus einem Vertrag ergeben, dessen Gegenstand lediglich die Rückgabe des betroffenen Grundpfandrechtes ist, also aus einem "Erlaßvertrag" oder einer vertraglichen Verpflichtung zum Verzicht. Bei derartigen "Eigeneinreden" geht es nicht um die Umgestaltung der Grundpfandrechtstypen, nicht um eine Anpassung an besondere, im Gesetz nicht berücksichtigte Bedürfnisse.

1.) Inhaltliche Einschränkung der Verwertungsbefugnis

Eine "Eigeneinrede" als das Recht, der Geltendmachung eines Grundpfandrechtes zu widersprechen, kann ganz allgemein Einfluß auf das "Was" der Befugnisse des Grundpfandrechtsgläubigers haben: Was darf der Gläubiger, zu welchen Akten ist er kraft seines dinglichen Rechtes am Grundstück befugt ? Durch eine "Eigeneinrede" können ihm Befugnisse genommen werden, die zum gesetzlichen Inhalt seines Grundpfandrechtes gehören.

a) Ausschluß der Vollstreckungsbefugnis

Außerhalb der Betrachtung kann die Möglichkeit eines völligen Ausschlusses des Verwertungsrechtes bleiben: Dieser völlige Ausschluß der Verwertungsbefugnis würde ohne jeden praktischen Wert sein; der Gläubiger hätte nur eine "leere Hülse" in der Hand[2].

---

1) Im übrigen haben sie praktisch auch nur untergeordnete Bedeutung. Insbesondere ist die "Einrede der Bereicherung" für die Grundschuld bei weitem nicht so wichtig, wie häufig angenommen wird; vgl. Huber, S. 78 ff., m.zahlr.Nw. Anders jedoch Grönhoff, S. 90.

2) Gleichwohl wird er aber oft erwähnt (und zwar als unzulässig), z.B. bei Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.b) m.w.Nw., Soergel-Siebert-Baur, § 1147, Rdnr. 11, Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 a, m.zahlr.Nw., Wolff-Raiser, SR, § 140,III.1. - Westermann, SR, § 101, II.3.a), stellt jedoch mit Recht

Denkbar ist jedoch, daß durch eine besondere Vereinbarung die Vollstreckungsbefugnis des Grundpfandrechtsgläubigers ausgeschlossen wird. Es kann etwa vereinbart sein, daß sich der Grundpfandrechtsgläubiger nur einer von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung anschließen solle. Möglich ist auch eine besondere Tilgungsvereinbarung, nach der das Kapital nicht aus dem Grundstück beigetrieben, sondern zum Beispiel durch Verrechnung mit einem zu zahlenden Arbeitslohn abgedeckt werden soll[3]. Schließlich ist denkbar, daß ein Grundpfandrecht mit der Bestimmung bestellt wird, es solle durch den jeweiligen Gläubiger nicht im Wege der Zwangsvollstreckung realisiert, sondern nur durch Abtretung zu Geld gemacht werden[4]. Alle derartigen schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Eigentümer geben letzterem das Recht, der Geltendmachung des Grundpfandrechtes zu widersprechen, soweit sie auf die Verwertung des Grundstückes im Wege der Zwangsvollstreckung gerichtet ist. Dem Eigentümer steht damit eine "Eigeneinrede" zu, der durch die Bestimmung des § 1157 ohne Rücksicht auf eine Grundbucheintragung dingliche Wirkungen verliehen sind[5].

Dadurch wird die wichtigste Befugnis beschnitten, die die Grundpfandrechte ihrer typischen Ausgestaltung nach ge-

---

fest, daß er nicht praktisch wäre. Bei der Erwähnung des völligen Ausschlusses des Verwertungsrechtes wird hin und wieder unklar von einem Ausschluß des "Rechtes auf Zwangsvollstreckung" gesprochen, z. B. bei Planck-Strecker und Staudinger-Scherübl, a.a.O. Wenn im Folgenden von "Vollstreckungsbefugnis" gesprochen wird, so ist damit das Recht gemeint, selbst die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

3) Ein ähnlicher Sachverhalt lag der Entscheidung des KG in OLG 18, S. 161 f., zugrunde. Um einen völlig entsprechenden Fall handelte es sich allerdings nicht. Die Verrechnungsklausel betraf lediglich die Tilgung der gesicherten Forderung und nicht die Abdeckung des Kapitals. Letzteres hat das KG jedoch übersehen, vgl. Planck-Strecker, § 1157, Anm. 2.

4) Vgl. den ähnlichen Sachverhalt der Entscheidung des RG in HRR 1931, Nr. 927.

5) Die Wirksamkeit des vertraglichen Ausschlusses der Vollstreckungsbefugnis ist wegen der daraus entspringenden "Eigeneinrede" nicht auf den schuldrechtlichen Bereich beschränkt; die "Eigeneinrede" hat vielmehr kraft Gesetzes dingliche Wirkungen, und zwar ohne daß es dabei auf eine Grundbucheintragung ankäme, siehe oben, S. 30 ff. Demgegenüber sprechen jedoch Güthe-Triebel, GBO I, Bem. 43 vor § 13, und Müller, Seuff.Bl. 66, S. 5 f., von einer lediglich schuldrechtlichen Wirksamkeit jener Vereinbarung.

währen. Der Gläubiger besitzt zwar noch ein dingliches Recht am Grundstück; sein Herrschaftsrecht hat jedoch weitgehend "defensiven" Charakter, eine "offensive" Einwirkung auf das Grundstück in Gestalt der Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung ist ihm nicht möglich. Der Inhalt des betroffenen Grundpfandrechtes wird demnach verändert: Die dingliche Rechtsstellung des Gläubigers wird durch die "Eigeneinrede" derjenigen des Inhabers einer Eigentümergrundschuld angeglichen[6]. Eine derartige Angleichung der Grundpfandrechte an den Inhalt einer Eigentümergrundschuld läßt jedoch ihre grundsätzliche Struktur unberührt. Wenn auch die Befugnis zu einer "aktiven" Verwertung fehlt, so sind doch auch die mit einer derartigen "Eigeneinrede" behafteten Grundpfandrechte noch dingliche "Verwertungsrechte". Auch sie gewähren noch das Recht, aus dem belasteten Grundstück bei einer Zwangsvollstreckung einen bestimmten Kapitalbetrag zu entnehmen; nur ist diese Kapitalentnahme an die Voraussetzung geknüpft, daß durch einen Dritten das Zwangsvollstreckungsverfahren ausgelöst wird[7]. Trotz des Ausschlusses der Vollstreckungsbefugnis wird also auch hier noch der Vermögenswert des Grundstückes in Gestalt eines "Verwertungs-" Rechtes von dem Substanzwert gelöst und zu einem selbständigen Vermögensgegenstand gemacht. - Mit den Strukturprinzipien bleiben auch die Funktionen der betroffenen Grundpfandrechtstypen grundsätzlich unverändert. Allerdings wird die Sicherungsfunktion der Hypothekenformen dadurch beeinträchtigt, daß im Notfall eine "Realisierung" der gesicherten Forderung nur mittels Veräußerung des Grundpfandrechtes möglich ist. Demgegenüber erhält jedoch das Grundvermögen größeren Schutz, da die mit jedem Zwangsvollstreckungsverfahren verbundenen Gefahren insofern ausgeschaltet werden, als der Gläubiger kein derartiges Verfahren auslösen kann.

---

6) Der besonders vom KG, JW 1931, S. 3282 ff., sowie von Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.b), hervorgehobene Unterschied zwischen der Einrede aus einer obligatorischen Verpflichtung, keine Zwangsvollstreckung zu betreiben, einerseits und einem dinglichen Ausschluß der Vollstreckungsbefugnis andererseits ist interessenmäßig bedeutungslos, siehe oben, S. 39 ff.; ebenso Westermann, SR, § 101, II.3.a).

7) Daß auch die Eigentümergrundschuld ein dingliches "Verwertungsrecht" ist, wird ausdrücklich festgestellt bei Wolff-Raiser, SR, § 147, II.

Steht eine solche Gestaltung im Widerspruch zu gesetzlichen Wertentscheidungen ? Bei der Untersuchung der Frage, welche Grenzen der Privatautonomie im Sachenrecht gesetzt sind, ist bereits festgestellt worden, daß nicht schon bei jeder "wertblinden" Umgestaltung eines Sachenrechtsinstitutes eine Mißachtung gesetzlicher Wertentscheidungen vorliegt. Die vom Gesetz für ein typisches Lebensverhältnis vorgesehene "gerechte" Ordnung ist vielmehr erst dann in Gefahr, wenn die grundlegenden Strukturprinzipien des entsprechenden Rechtsinstitutes verändert werden[8]. Aus diesem Grunde können überhaupt nur solche "Eigeneinreden" mit gesetzlichen, in der Grundpfandrechtsordnung verankerten Wertentscheidungen in Konflikt geraten, die die Grundpfandrechtsstruktur in ihren wesentlichen Zügen verwandeln und das betroffene Institut dadurch seinen typischen Funktionen entfremden oder zusätzlich einer ihm fremden Funktion dienstbar machen. Da die "Eigeneinreden" die die selbständige Vollstreckungsbefugnis des Grundpfandrechtsgläubigers ausschließen, keine derartig weitgehenden Wirkungen haben, sind sie demnach als zulässig anzusehen[9].

b) Ausschluß einzelner Vollstreckungsarten

Die Verwertungsbefugnis des Grundpfandrechtsgläubigers kann auch in der Weise inhaltlich eingeschränkt werden, daß die Parteien eine einzelne Verwertungsart durch eine besondere Vereinbarung ausschließen. Insbesondere ist ein Ausschluß der Zwangsversteigerung des Grundstückes denkbar. So

8) Siehe oben, S. 66.

9) Einen Ausschluß der Vollstreckungsbefugnis, d.h. des Rechtes, selbständig die Zwangsvollstreckung zu betreiben, halten im Ergebnis ebenfalls für zulässig z.B. Ehrlich,S.601f, Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.b), Soergel-Siebert-Baur, § 1147, Rdnr. 11, Strecker, HDRW III, S. 59, Warneyer, § 1147, Erl.V, Wolff-Raiser, SR, § 140, III.1., LG Mainz, Hess.Rspr. 1910. S. 30. - Nur mit einer zeitlichen Beschränkung wollen eine solche Vereinbarung zulassen Goldmann-Lilienthal II, § 76, I.2. Anm. 6). - Einen Verstoß gegen die "zwingende" Vorschrift des § 1147 nehmen jedoch an z.B. Güthe-Triebel, GBO I, Bem. 43 vor § 13, Müller, Seuff.Bl. 66, S. 4 ff.(5 f.), KG, JW 1931, S. 3282 ff.(3284). Gleichzeitig wollen allerdings Güthe-Triebel und Müller eine solche Vereinbarung in "nur" schuldrechtlicher Form zulassen.

kann zum Beispiel in einer besonderen Vereinbarung zwischen Eigentümer und Gläubiger die Bestimmung enthalten sein, der Gläubiger verzichte darauf, das Grundstück zur Zwangsversteigerung zu bringen; oder es kann bestimmt sein, der Gläubiger dürfe selbst die Zwangsversteigerung nicht betreiben, im übrigen seien ihm aber Zwangsvollstreckungsakte freigestellt (zum Beispiel Zwangsverwaltung oder Pfändung von Mietzinsen), er könne sich auch einer von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung anschließen[10]. Derartige Vereinbarungen gewähren dem Eigentümer das Recht, der Geltendmachung des Grundpfandrechtes zu widersprechen, soweit sie darauf gerichtet ist, die Verwertung des Grundstückes durch Zwangsversteigerung herbeizuführen. Dem Eigentümer steht also eine "Eigeneinrede" zu, die automatisch - kraft Gesetzes (§ 1157) - dingliche Wirkungen entfaltet und den Inhalt des betroffenen Grundpfandrechtes beeinflußt, ohne daß dazu eine Grundbucheintragung notwendig wäre[11].

Dadurch wird ebenfalls die wichtigste Befugnis beschränkt, die die Grundpfandrechte ihrer typischen Ausgestaltung nach gewähren. Das Herrschaftsrecht des Grundpfandrechtsgläubigers ist allerdings noch erheblich stärker als

---

10) Ein Beispiel für eine solche Vereinbarung findet sich in der Entscheidung des RG, Gruch.Beitr. 58, S. 971 ff.

11) Entgegen der Ansicht von Güthe-Triebel, GBO I, Bem. 43 vor § 13, äußert eine Vereinbarung über den Ausschluß der Zwangsversteigerung nicht nur schuldrechtliche Wirkungen, vielmehr wirkt sie kraft der aus ihr entspringenden "Eigeneinrede" automatisch auch auf die dingliche Rechtslage ein. Unrichtig ist die Ansicht von Westermann, SR, § 101, II.3.a), und Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2., Anm. 12, die Einrede erhalte erst durch Eintragung dingliche Wirkung; für die dingliche Wirkung ist die Eintragung vielmehr gleichgültig, siehe oben, S. 30 ff. Jedoch ist jede "Eigeneinrede" eintragungsfähig, sofern sie zulässig ist, siehe oben, S. 34 f. Soweit sich aus ihr eine "Eigeneinrede" ergibt, wäre die Vereinbarung über den Ausschluß der Zwangsversteigerung also ebenfalls eintragungsfähig; ebenso Biermann, Bem. 2.a) vor § 1113, Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.c), Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 a, Wolff-Raiser, SR, a.a.O.; anders jedoch Güthe-Triebel, a.a.O., und RGRK-Schuster, § 1147, Anm.12. Daß interessenmäßig kein Unterschied gemacht werden kann zwischen der dinglich wirkenden "Eigeneinrede" und einer inhaltlichen Abschwächung des Grundpfandrechtes (wie ihm das KG in JW 1931, S. 3282 ff., machen will), ist hinsichtlich des Ausschlusses des Rechtes aus Zwangsversteigerung überwiegende Meinung, vgl. z.B. Goldmann-Lilienthal II, § 76, I.2., Anm.6, sowie Planck-Strecker, Staudinger-Scherübl und Wolff-Raiser. a.a.O.

bei dem schon besprochenen völligen Ausschluß der Vollstreckungsbefugnis. Wie bei letzterem bleibt aber auch durch diese Veränderung die grundsätzliche Struktur der betroffenen Grundpfandrechtstypen unberührt. Insbesondere macht der Ausschluß des Rechtes, selbst die Zwangsversteigerung zu betreiben, das Grundpfandrecht nicht zu einem Pfandrecht nur an den Nutzungen des Grundstückes. Nach wie vor handelt es sich um ein dingliches "Verwertungs"-Recht sowohl an der "Substanz" des Grundstückes als auch an den Vermögenswerten, die mit dem Grundstück eine wirtschaftliche Einheit bilden[12]. Mit der Struktur bleiben auch die Funktionen der Grundpfandrechtstypen grundsätzlich unberührt. Die Sicherungsfunktion der Hypothekenformen wird zwar zurückgedrängt; sie behält aber doch noch größeres Gewicht als beim völligen Ausschluß der Vollstreckungsbefugnis, da ja im Notfall zur "Realisierung" der gesicherten Forderung auch Zwangsvollstreckungsakte vorgenommen werden können.

Wirken aber Vereinbarungen, die auf dem Wege über die Einreden des § 1157 einzelne Vollstreckungsarten ausschließen, nur in einem so beschränkten Maße auf den Inhalt der Grundpfandrechte ein, so sind sie in gleicher Weise unbedenklich wie diejenigen, die die Vollstreckungsbefugnis ganz beseitigen. Es handelt sich auch hier um Gestaltungen, die nicht im Widerspruch zu den Wertungen stehen können, welche in den grundlegenden Strukturprinzipien der betroffenen Grundpfandrechte verankert sind. Auch diese Gestaltungen sind also zulässig[13].

---

12) Es entsteht also keine "Revenüenhypothek", wie Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.c), Soergel-Siebert-Baur, § 1147, Rdnr. 11, Warneyer, § 1147, Erl. V, Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2., Anm. 12, und wohl auch Westermann, SR, § 101,II.3.a), meinen. Es ist zu unterscheiden zwischen einem Ausschluß des Rechtes, selbst die Zwangsversteigerung zu betreiben, einerseits und einer Beschränkung der Haftung auf die Nutzungen des Grundstückes andererseits. Im ersteren Falle handelt es sich um eine Einschränkung der Verwertungsbefugnis, im letzteren dagegen um eine Einengung des Verwertungsobjektes. Nur bei einer Beschränkung der Haftung auf die Nutzungen des Grundstückes kann von einer "Revenüenhypothek" gesprochen werden. Wie hier Reichel, Festschr.f.Cohn, S. 221, Anm.1. Auch Biermann, Bem. 2.a) vor § 1113, spricht nur bei einer Haftungsbeschränkung von einer "Revenüenhypothek", behandelt dann aber den Verzicht auf Zwangsversteigerung ebenso wie diesen Fall.

13) Überwiegend wird jedoch ein derartiger Eingriff in den

2.) Einschränkung durch Befristung oder Bedingung

Neben dem "Was" der Befugnisse eines Grundpfandrechtsgläubigers kann auch das "Wann" durch eine "Eigeneinrede" beeinflußt werden. Wann ist der Grundpfandrechtsgläubiger kraft seines dinglichen Rechtes zur Verwertung des belasteten Grundstückes befugt ? Die Verwertungsbefugnis kann aufgrund einer "Eigeneinrede" aufschiebend oder auflösend befristet oder aber von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig - also bedingt- sein.

a) "Stundung" und "Verjährung"

Einmal ist eine besondere Vereinbarung denkbar, nach der der Gläubiger entweder für eine gewisse Zeitspanne nicht befugt ist, das Grundpfandrecht geltend zu machen ("Stundung"), oder nach der er das Verwertungsrecht nach Ablauf einer bestimmten Zeit nicht mehr geltend machen darf ("Verjährung")[14]. So kann zum Beispiel vereinbart werden, der Gläubiger dürfe erst nach Ablauf von fünf Jahren die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben[15]; oder es kann noch nach Eintritt der "Pfandreife" zu einer "Prolongation" des Grundpfandrechtes um einige Jahre kommen[16]. Schließlich ist eine Ver-

---

Grundpfandrechtsinhalt als unzulässig behandelt, vgl. z. B. Biermann, Bem. 2.a) vor § 1113, Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.c), Predari, GBO, § 19, Anm. 5, S. 329, Soergel-Siebert-Baur, § 1147, Rdnr. 11, Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr.1a, Strecker, HdRw III, S. 59, Warneyer, § 1147, Erl. V, Westermann, SR, § 101, II.3.a), Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2., Anm. 12. - Nur mit Einschränkungen wird eine solche Vereinbarung zugelassen von Goldmann-Lilienthal II, § 76, I.2., Anm. 6), die eine zeitliche Beschränkung fordern, Güthe-Triebel, GBO I, Bem. 43 vor § 13, die ihr "nur persönliche" Wirkung zugestehen, und RGRK-Schuster, § 1147, Anm. 12, der die Eintragungsfähigkeit einer solchen Beschränkungsklausel verneint. - Ohne Vorbehalte behandeln dagegen einen derartigen Eingriff als zulässig Reichel, Festschr.f.Cohn, S. 221, Anm.1, und das RG, Gruch. Beitr. 58, S. 971 ff.(974).

14) Da der Eigentümer keine Leistung schuldet, sofern er nicht zugleich Schuldner der gesicherten Forderung ist, liegt keine echte Stundung oder Verjährung vor. Dementsprechend ist bei Wolff-Raiser, SR, § 139, III.3., auch nur von einer "sogenannten Stundung" die Rede.

15) Vgl. OLG Dresden, Sächs. Arch. 1906, S. 435 f., sowie LG Mainz, Hess. Rspr. 1910, S. 30.

16) Vgl. Baur, SR, § 38, VII.2.b), Beispiel (1).

einbarung denkbar, nach der der Eigentümer zum Beispiel nach Ablauf von 30 Jahren der Geltendmachung des Grundpfandrechtes widersprechen darf[17]. Das aus derartigen Vereinbarungen entspringende Recht des Eigentümers, der Geltendmachung des Grundpfandrechtes zeitweise oder nach Ablauf einer gewissen Zeit zu widersprechen, greift kraft § 1157 in den Rechtsinhalt ein: Das dingliche Recht wird praktisch in seiner Existenz aufschiebend oder auflösend befristet.

Eine solche Befristung führt jedoch noch zu keiner "Wesensänderung" des betroffenen Grundpfandrechtes. Insbesondere widerspricht eine "Verjährungseinrede" nicht dem "eigentlichen Wesen" der Grundschuld. Das Gesetz kennt durchaus den "Typ einer einredebehafteten Grundschuld": Auch bei der Grundschuld ist ja die "Abstraktheit" aufgrund des § 1157 durchbrochen[18]. Grundpfandrechtsstruktur und -funktionen bleiben demnach unberührt, gleichgültig, um welchen Grundpfandrechtstypus es sich handelt. Es wird lediglich die Interessenlage zugunsten des Eigentümers verschoben. Allerdings kann durch eine "Verjährungseinrede" bei einer Hypothek oder einer zu Sicherungszwecken bestellten Grundschuld praktisch die Wirkung des § 223 aufgehoben werden[19]. Hier handelt es sich jedoch nicht um eine "Wesensänderung" des betroffenen Grundpfandrechtes. Es werden vielmehr nur die Wirkungen einer einzelnen Norm beseitigt, die nicht bestimmend für die gesetzliche Struktur der Grundpfandrechte ist.

Angesichts einer so geringen Veränderung der Struktur der betroffenen Grundpfandrechtsinstitute sind auch diese Vereinbarungen für die grundpfandrechtliche Typenordnung "ungefährlich". Auch sie gestalten die Grundpfandrechte ja nur in einer Weise um, die nicht im Widerspruch zu den Wertungen stehen kann, welche in den grundlegenden Struktur-

---

17) Eine solche Vereinbarung wird (als unzulässig) erwähnt bei J.,ZKW 1952,S.319 f., und Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f.
18) J. und offenbar auch Rheinstein, a.a.O., meinen jedoch, das Gesetz kenne nur den "Typ einer nicht einredebehafteten Grundschuld", auch die "Verjährungseinrede" widerspreche deshalb dem "eigentlichen Wesen" der Grundschuld. - Ursprünglich sollte allerdings eine befristete Grundschuld nicht zugelassen werden. Während der Vorarbeiten zum BGB wurde dieses Verbot jedoch wieder gestrichen, Vgl.Mugdan III,S.439 und 901.
19) Oertmann, § 223, Anm. 2, meint deshalb, die Wirkung des § 1157 könne "für das Gebiet des § 223 nicht Platz greifen".

prinzipien dieser Rechtsinstitute zum Ausdruck kommen. Sie sind daher gleichfalls als zulässig zu betrachten, soweit nicht eine besondere, außerhalb des Sachenrechts liegende Bestimmung - zum Beispiel der § 223 - dem entgegensteht[20].

b) "Ausbietungsgarantie" und "Vorausklage"

Zum anderen kann vereinbart werden, der Gläubiger dürfe nur dann das Grundpfandrecht geltend machen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt seien. Denkbar ist zum Beispiel eine Vereinbarung, nach der der Gläubiger sich aus dem Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung nur befriedigen darf, wenn er im Zwangsversteigerungsverfahren ein bestimmtes Mindestbargebot abgibt ("Ausbietungsgarantie")[21]. Der Gläubiger kann auch zugesagt haben, er werde das Grundstück erst verwerten nach einem vergeblichen Versuch, das Kapital anderweitig zu erlangen. Als ein anderweitiger Befriedigungsversuch kommt dabei in Frage die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer anderen Person, insbesondere des Schuldners der gesicherten Forderung, oder aber die Verwertung eines bestimmten anderen Vermögensstückes, so zum Beispiel eines anderen Grundstückes, das zugunsten des gleichen Gläubigers mit einer Grundschuld belastet ist (Einrede der "Vorausklage")[22]. Derartige Ver-

20) Die "Stundung" wird allgemein als zulässig angesehen,vgl. z.B. Baur, SR, § 38, VII.1.d), Westermann, SR, § 102, III.1., Wolff-Raiser, SR, § 139, III.3., sowie die Entscheidungen des LG Mainz, Hess.Rspr. 1910, S. 30, und des OLG Dresden,Sächs. Arch.1906, S.435 f. Lediglich Güthe-Triebel, GBO I, Bem. 43 vor § 13, haben Bedenken und wollen der "Stundung" "nur persönliche" Wirkung zugestehen. - Gegen die Zulässigkeit der "Verjährung" - jedenfalls bei der Grundschuld - sind demgegenüber - wie schon erwähnt - von J., ZKW 1952, S. 319 f.(320), und Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f., Einwände vorgebracht worden. Diese Einwände sind jedoch zu Unrecht damit begründet, daß die "Verjährungseinrede" dem "eigentlichen Wesen" der Grundschuld widerspreche.

21) Vgl. den Sachverhalt in KG, JW 1931, S. 3282 ff. = HRR 1931, Nr. 741.

22) Eine Verpflichtung, zunächst in das Vermögen des Schuldners und in bestimmte andere Grundstücke zu vollstrecken, war Gegenstand der Entscheidung in KGJ 35, A, S. 310ff. Der Fall lag dort aber insofern anders, als es sich um die Herstellung einer Rangfolge unter mehreren mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken handelte. Es sollte also nicht die aus dem dinglichen Recht fließende Verwertungsbefugnis als solche von einer Bedingung abhängig gemacht werden; vielmehr sollte

einbarungen verschaffen dem Eigentümer das Recht, immer dann der Geltendmachung des Grundpfandrechtes zu widersprechen, wenn die Verwertungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, wenn also der Gläubiger in den genannten Beispielsfällen nicht das Mindestbargebot abgegeben, beziehungsweise nicht zunächst anderweitig Befriedigung gesucht hat. Diese "Eigeneinreden" greifen automatisch in den Inhalt des mit ihnen behafteten Grundpfandrechtes ein[23]. Im praktischen Ergebnis ist der Bestand des dinglichen Verwertungsrechtes an ein zukünftiges, ungewisses Ereignis gebunden, wobei der Eintritt dieses Ereignisses vom Willen des Gläubigers abhängt, kurz: Es handelt sich um ein bedingtes Grundpfandrecht.

Eine Bedingung bewirkt jedoch ebensowenig wie eine Befristung eine "Wesensänderung". Insbesondere "denaturiert" eine "Ausbietungsgarantie" nicht die Grundpfandrechte. Sie beseitigt nicht das "Zwangsvollstreckungsprinzip" des § 1147. Nach wie vor kann die Verwertung nur im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, die Rechte des Eigentümers sind weiterhin mit der "verfahrensrechtlichen Garantie" ausgestattet. Es ist lediglich die Verwertung an die Bedingung geknüpft, daß der Gläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren das vereinbarte Mindestbargebot abgibt[24]. Ebensowenig widerspricht die Ein-

---

das Verwertungsrecht zunächst auf einige Verwertungsobjekte beschränkt und nur unter bestimmten Bedingungen auch auf andere Verwertungsobjekte erstreckt werden.

23) Unzutreffend ist die Unterscheidung, die das KG in JW 1931, S. 3282 ff., zwischen der Eintragung einer "Ausbietungsgarantie" als Inhalt und derjenigen als Einrede des § 1157 macht. Interessenmäßig besteht kein solcher Unterschied, siehe oben, S. 39 ff. Wie das KG jedoch Planck-Strecker, § 1147, Anm.3.b), Rosenberg, JW 1931, S. 3282 f., Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 c, und auch Westermann, SR, § 102, III.2. Dagegen stellt Westermann, SR, § 101, II.3.a), mit Recht fest, der Unterschied sei praktisch ohne Bedeutung. Ferner will Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2., Anm. 12, anscheinend beide Fälle gleich behandeln. Schließlich räumt auch Rosenberg, a.a.O., ein, praktisch und wirtschaftlich gesehen sei der Unterschied nicht so groß.

24) So meint auch Rosenberg, a.a.O., eine dem Wesen der Hypothek widerstreitende Beschränkung der Rechte des Hypothekengläubigers liege nicht vor. Dem haben sich angeschlossen Planck-Strecker, Staudinger-Scherübl, a.a.O. Anderer Ansicht jedoch offenbar Wolff-Raiser, a.a.O. Unzutreffend ist die Meinung des KG, a.a.O., (der Rosenberg, Planck-Strecker und Staudinger-Scherübl, a.a.O., allerdings zustimmen), eine dingliche Beschränkung des Verwertungsrechtes durch Eintragung

rede der "Vorausklage" dem "eigentlichen Wesen" einer Grundschuld. Die "abstrakte Natur" der Grundschuld steht einer solchen Einrede nicht entgegen, da sie ja durch den § 1157 abgeschwächt ist. Auch wird die Grundschuld nicht durch diese Einrede dem Zweck entfremdet, für den sie geschaffen ist, vielmehr bleibt sie eine Rechtsform zur Kapitalbeschaffung, beziehungsweise zur Kapitalanlage. Weder Struktur noch Funktion der Grundschuld ändert sich, wenn der Bestand des Verwertungsrechtes von der "Vorausklage" abhängig gemacht wird[25]. Eine andere Frage ist allerdings, ob die Grundschuld dann einem ihr fremden Zweck dienstbar gemacht wird, wenn die Einrede der "Vorausklage" verknüpft ist mit einer Sicherungsvereinbarung, nach der die Grundschuld nur zur Sicherung der Schuld eines Dritten dienen soll[26]. Die etwaige Zweckentfremdung würde hier jedoch nicht durch die Einrede der "Vorausklage" als solche bewirkt, sondern durch die Sicherungsvereinbarung und die aus ihr entspringenden besonderen "Eigeneinreden". - Unabhängig von den Besonderheiten der einzelnen Fälle steht es ganz allgemein im Einklang mit der gesetzlichen Ausgestaltung der Grundpfandrechte, wenn ihr Bestand an eine Bedingung geknüpft wird. Die Grundpfandrechte sind "bedingungsfreundlich"[27], ihr Typus kann also insoweit nicht durch entsprechende "Eigeneinreden" verformt werden.

Werden jedoch in diesen Fällen ebenso wie in den anderen bereits untersuchten keine wesentlichen Strukturmerkmale der Grundpfandrechtstypen verändert oder beseitigt, so können auch hier keine bindenden gesetzlichen Wertungen oder Ordnungsgrundsätze verletzt sein. Auch gegen die Vereinbarungen,

---

einer "Ausbietungsgarantie" als eines inhaltlichen Bestandteiles des Grundpfandrechtes widerspreche dem § 1147. Der Zweck dieser Norm fordert keine derartig strenge Auslegung; sie soll den Eigentümer schützen, und damit sind Einschränkungen des Verwertungsrechtes durchaus vereinbar.

25) Anderer Ansicht sind allerdings J., ZKW 1952, S. 319 f., und offenbar auch Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f. Beide Autoren sagen jedoch nichts darüber, zu welchem Zweck die Grundschuld eigentlich bestimmt ist und wieso sie diesem Zweck durch die Einrede der "Vorausklage" entfremdet wird.

26) Diesen Fall hat anscheinend J., a.a.O., im Auge gehabt.

27) Zur "Bedingungsfreundlichkeit" der Hypothek vgl. RGZ 70, S.245 ff.(248). Der ursprüngliche Plan, nur eine "bedingungsfeindliche" Grundschuld zuzulassen, wurde bei der Ausarbeitung des BGB wieder fallen gelassen, vgl. Mugdan III, S.439,901.

durch die auf dem Wege über die Einreden des § 1157 praktisch ein bedingtes Grundpfandrecht geschaffen wird, bestehen deshalb grundsätzlich keine Bedenken[28].

3.) Beschneidung des Verwertungsobjektes

Wie das "Was" und das "Wann", so kann weiterhin auch das "Woran" der Verwertungsbefugnis durch eine "Eigeneinrede" betroffen sein. Woran besteht das dingliche Verwertungsrecht, auf welche Sachgüter - welche Verwertungsobjekte - erstreckt es sich ? Es ist denkbar, daß Vermögensstücke, auf die sich das Grundpfandrecht seiner typischen Ausgestaltung nach an sich erstreckt, durch eine "Eigeneinrede" aus der Haftung entlassen werden. Einzelne Verwertungsobjekte können ferner dem Gläubiger auch in solcher Weise entzogen werden, daß ihre Verwertung erst nach einem Vollstreckungsversuch in einzelne andere Verwertungsobjekte oder jedenfalls zeitlich später als der Zugriff auf diese zugelassen wird.

a) "Haftentlassung" einzelner Verwertungsobjekte

Eine völlige Entlassung einzelner typischer Verwertungsobjekte aus der Haftung ist auf zwei Wegen vorstellbar. Ein-

28) Die Einrede der "Vorausklage" wird im allgemeinen für zulässig gehalten, vgl. z. B. Baur, SR, § 38, VII.1.d), Westermann, SR, § 102, III.1. Gegen eine derartige Vereinbarung bei einer Grundschuld haben sich jedoch gewandt J., ZKW 1952, S. 319 f.(320), und Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f. Sie sind dabei aber zu unrecht davon ausgegangen, daß das Gesetz keine "einredebehaftete" Grundschuld kenne. - Die Stellungnahmen zur "Ausbietungsgarantie" gehen überwiegend von der unrichtigen Vorstellung aus, es sei ein Unterschied zu machen zwischen der dinglichen Wirkung einer "Eigeneinrede" und einem Eingriff in den Inhalt des betroffenen Grundpfandrechtes. Insbesondere meint das KG in JW 1931, S. 3282 ff. (3284), als "Inhalt" der Hypothek dürfe die "Ausbietungsgarantie" nicht vereinbart werden; ob sie als "Eigeneinrede" zulässig wäre, läßt es dagegen ausdrücklich offen. Dem haben sich Güthe-Triebel, GBO I, Bem. 43 vor § 13, angeschlossen. Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.b), Rosenberg, JW 1931, S. 3282 f., und Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr. 1 c, meinen zwar ebenfalls, die "Ausbietungsgarantie" sei als "Inhalt" der Hypothek unzulässig, lassen sie aber dann doch als "Eigeneinrede" zu, da sie nicht im Widerspruch zum "Wesen" der Hypothek stehe. Wolff-Raiser, SR, § 140, III.2., machen als einzige keinen solchen Unterschied, halten die "Ausbietungsgarantie" aber zu unrecht für unzulässig.

mal könnte durch eine besondere Vereinbarung ein einzelnes Vermögensstück, auf das sich das Grundpfandrecht an sich erstrecken würde, ausdrücklich von der Verwertung ausgenommen werden. Zum anderen könnte die Haftung aber auch überhaupt auf ein einzelnes Vermögensstück aus der Gesamtheit der typischen Verwertungsobjekte beschränkt werden. Ein Beispiel für die erste Gestaltungsmöglichkeit ist die "Haftentlassung" eines Zubehörstückes, so insbesondere einer Maschine als Zubehör eines Fabrikgrundstückes[29]. Um den zweiten Fall handelt es sich dagegen bei einer Vereinbarung, nach der der Gläubiger sich nur an die Nutzungen des Grundstückes halten, das heißt lediglich aus ihnen das Kapital entnehmen darf. Hier ist das "Grundstück" als wirtschaftliche Einheit dem Gläubiger entzogen, es haften nur noch die Nutzungen als einziges Verwertungsobjekt. Die Sachlage ist also eine wesentlich andere als bei dem bloßen Ausschluß des Rechtes auf Zwangsversteigerung, bei dem ja der Gläubiger das Kapital noch aus der "Substanz" des Grundstückes entnehmen kann, sofern ein vorrangiger Dritter die Zwangsversteigerung betreibt.[30] Derartige Vereinbarungen geben dem Eigentümer das Recht, der Geltendmachung des Grundpfandrechtes immer dann zu widersprechen, wenn sie auf die Verwertung gerade des "entlassenen" Vermögensstückes - also zum Beispiel der Maschine - gerichtet ist, beziehungsweise sich nicht auf das ausgewählte einzige Verwertungsobjekt - also beispielsweise auf die Nutzungen - beschränkt. Dem Eigentümer steht demnach jeweils eine "Eigeneinrede" zu, und diese hat kraft § 1157 dingliche Wirkungen[31]. Im praktischen Ergebnis handelt es sich nicht mehr um ein

---

29) Vgl.z.B. RGZ 125, S. 362 ff. In KGJ 33, A, S. 258 ff., ging es zwar um die "Haftentlassung" einzelner Grundstücksteile; es handelte sich dabei aber nicht um eine Beschneidung des Verwertungsobjektes im hier interessierenden Sinne, sondern um eine Tilgungs- und Rückgabevereinbarung, durch die die Entstehung einer Gesamthypothek bei Teilung des Grundstückes und Veräußerung einzelner Parzellen verhindert werden sollte.

30) Diesen sachlichen Unterschied betont als einziger Reichel, Festschr. f. Cohn, S. 221, Anm. 1).

31) Das RG in RGZ 125, S. 362 ff.(365), meint zwar ebenfalls, aus einer solchen Vereinbarung könne eine "persönliche Einrede" hergeleitet werden; es spricht dieser Einrede jedoch eine dingliche Wirkung ab. Eine dingliche Wirkung jener Vereinbarung leugnen auch Müller, Seuff. Bl. 66, S. 1 ff.(5,6), RGRK-Schuster, §§ 1120 ff., Vorb. 2, sowie Trost-Schütz, BFB, S. 502, wobei diese Autoren noch nicht einmal erwähnen, daß

dingliches Recht an der wirtschaftlichen Einheit unter der Bezeichnung "Grundstück", sondern um ein solches an mehreren oder aber einzelnen Vermögensstücken aus dieser wirtschaftlichen Einheit. Das betroffene Grundpfandrecht hat also einen veränderten Inhalt.

Soweit sich die dingliche Belastung nicht mehr auf die fest zu umreißende wirtschaftliche Einheit des Grundstückes, sondern nur noch auf mehrere, im Einzelfall oft schwierig zu ermittelnde Vermögensstücke aus dieser Einheit erstreckt, kann man hier nicht mehr von einem dinglichen Recht an einer bestimmten einzelnen Sache sprechen: Der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz, der als Strukturprinzip alle Grundpfandrechte beherrscht, ist durchbrochen. In dieser Hinsicht verändert eine "Haftentlassung" einzelner Verwertungsobjekte das"Wesen" der Grundpfandrechte[32]. Wird dagegen das Verwertungsrecht auf ein Vermögensstück aus der Einheit des Grundstückes beschränkt, so besteht das dingliche Recht zwar noch an einer bestimmten einzelnen Sache. Bei der hier vor allem in Betracht kommenden Beschränkung auf die Nutzungen handelt es sich dann aber praktisch um ein dingliches Recht an eben diesen Nutzungen und nicht mehr um ein solches an der Substanz des Grundstückes selbst. Auch hier ist das "Wesen" des dingliches Verwertungsrechtes verändert, es ist eine "Revenüenhypothek" entstanden[33].

---

eine Einrede gegeben ist. Biermann, Bem. 2.a) vor § 1113, und das KG in KGJ 35, A, S. 310 ff.(313), erkennen demgegenüber im Ergebnis an, daß sich aus einer Vereinbarung über eine Beschränkung der Haftung auf die Nutzungen eine nach § 1157 dinglich wirkende "Eigeneinrede" ergeben würde.

32) In ähnlichem Sinne auch schon Müller, Seuff. Bl. 66, S.5 und 8. Er unterscheidet aber noch zwischen dinglichen und "nur" obligatorischen "Haftentlassungen" und schreibt nur ersteren wesensändernde Wirkungen zu.

33) Das KG in KGJ 35, A, S. 310 ff.(313), hat also Recht, wenn es eine Verletzung des "Wesens" der Hypothek in einer Vereinbarung sieht, nach der der Gläubiger seine Befriedigung nur aus den Einkünften des Grundstückes suchen darf. Offenbar unterscheidet es aber nicht zwischen der Haftungsbeschränkung auf die Nutzungen und dem Verzicht auf Zwangsversteigerung. Nur bei der Haftungsbeschränkung auf die Nutzungen kann von einer "Revenüenhypothek" gesprochen werden, vgl. Reichel, Festschr. f. Cohn, S. 221, Anm. 1. Auch Biermann, Bem. 2.a) vor § 1113, bezeichnet die "Revenüenhypothek" als eine Hypothek, bei welcher nur die Nutzungen, nicht die Substanz des Grundstückes, haften. Vgl. zur "Revenüenhypothek" auch die Materialien zum BGB, Mugdan III, S. 353 f.

Alle diese Vereinbarungen, die die "Haftentlassung" einzelner oder mehrerer Verwertungsobjekte zum Ziel haben, bewirken nicht nur eine Strukturänderung von untergeordneter Bedeutung; ihre Auswirkungen sind vielmehr so weittragend, daß sie die Fähigkeit der von ihnen betroffenen Grundpfandrechte beeinträchtigen, das zu "leisten", was sie von Gesetzes wegen an sich zu "leisten" vermögen. Sie zerreißen die wirtschaftliche Einheit, die das Grundstück ursprünglich mit jenen nunmehr herausgelösten Gegenständen bildet. Der Wert des "Grundstückes" wird jedoch durch diese Einheit bestimmt[34]. Die Bedeutung des einzelnen Grundstücks-"Bestandteiles" für den Grundstückswert kann allerdings ganz verschieden sein. Durch Herausbrechung einzelner oder mehrerer "Bestandteile" kann aber der wesentlichste Vermögenswert dem Gläubiger entzogen werden. Meist läßt sich nicht mehr genau bestimmen, was für einen Vermögenswert der Gläubiger gegen Hingabe des Kapitals in die Hand bekommt. Zumindest bleibt jedoch ungewiß, wie beständig dieser Vermögenswert ist. Für die Zwecke der Kreditsicherung und Kapitalanlage sind aber Grundpfandrechte unverzichtbar, deren Wert genau abgegrenzt werden kann und beständig ist. Werden einzelne oder mehrere Verwertungsobjekte aus der Haftung entlassen, so werden also die betroffenen Grundpfandrechtsinstitute untauglich gemacht, ihre wichtigsten Funktionen - nämlich die Sicherungs- und "Investierungsfunktion" - zu erfüllen. Haben solche Vereinbarungen aber derartig weitgehende Wirkungen, so geben sie Anlaß zu Bedenken: Sie können im Widerspruch zu gesetzlichen Wertentscheidungen stehen.

Ohne weiteres als unzulässig abzulehnen sind zunächst die Gestaltungen, durch die der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz durchbrochen wird. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist Ausdruck der gesetzlichen Wertentscheidung, nach der die Rechtsbeziehungen auf sachenrechtlichem Gebiet klar und übersichtlich geordnet sein sollen. Weil und soweit der Bestimmtheitsgrundsatz Ausdruck dieser Wertentscheidung ist, hat er zwingenden Charakter. Vereinbarungen, durch die mehrere Ver-

34) Darauf weist besonders hin Wolff-Raiser, SR, § 135, vor I.

wertungsobjekte völlig aus der Haftung entlassen werden und im Ergebnis ein dingliches Recht an einer unübersichtlichen Vielzahl einzelner Vermögensstücke entsteht, sind demnach unzulässig: Sie stehen im Widerspruch zu einer gesetzlichen Wertentscheidung und genießen aus diesem Grunde keinen Rechtsschutz[35].

In denjenigen Fällen, in denen die dingliche Rechtslage nach wie vor klar zu übersehen und deshalb der allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz nicht verletzt ist, muß gefragt werden, ob die Beschneidung des Verwertungsobjektes nicht auch eine Verletzung spezieller grundpfandrechtlicher Wertungen bedeutet. Das Gesetz stellt für die Ausnutzung des Grundvermögens zu Kreditzwecken nur Rechtsinstitute zur Verfügung, die die wirtschaftliche Einheit des "Grundstückes" in ihrer Gesamtheit erfassen (§§ 1113,1191,1120,1123, 1126,1127)[36]. Der Sinn und Zweck dieser Regelung wird vielleicht deutlich, wenn man ihren Auswirkungen im Rahmen der Gesamtregelung der Grundpfandrechte nachgeht. Die Grundpfandrechte sind so ausgestaltet, daß sie eine "Sicherungs-" oder eine "Investierungsfunktion" oder sowohl eine "Sicherungs-" als auch eine "Investierungsfunktion" erfüllen können[37]. Es ist demnach offenbar Sinn und Zweck dieser Rechtsinstitute, die Heranziehung des Grundvermögens zu Kreditzwecken so zu organisieren, daß dem Bedürfnis sowohl nach Rechtsformen zur Sicherung von Kreditforderungen als auch nach Rechtsformen zur Kapitalinvestierung in Bodenwerte in befriedigender Weise Rechnung getragen ist. Diese Aufgabe können die Grundpfandrechte jedoch nur dann erfüllen, wenn ihr Objekt - die von ihnen erfaßte Vermögensmasse - einen klar zu bestimmenden und möglichst beständigen Wert hat. Nun wird aber der Wert des

---

35) Es ist also berechtigt, wenn Müller, Seuff. Bl. 66, S. 8, zur Begründung seiner Meinung, die durch die §§ 1113, 1120, 1123, 1127 bestimmte "dingliche Wirkung" der Hypothek sei durch keine Parteivereinbarung mit dinglicher Wirkung zu beseitigen, auch anführt, der Liegenschaftsverkehr dulde keine "Verworrenheit". Wenn er jedoch derartige Vereinbarungen "mit obligatorischer Wirkung" für zulässig erklärt, so verkennt er, daß sie kraft § 1157 automatisch dingliche Wirkungen entfalten. Richtiger ist die Stellungnahme von Ehrlich, S. 599, der auch gegen derartige obligatorische Vereinbarungen Bedenken geltend macht.

36) Siehe auch oben, S. 79 ff.

37) Siehe oben, S. 79 ff.(82 ff., 87 f., 91 f., 93 f.).

Bodens und aller anderen Vermögensstücke, die zusammen die wirtschaftliche Einheit des "Grundstückes" bilden, im wesentlichen gerade dadurch bestimmt, daß sie diese wirtschaftliche Einheit miteinander bilden. Der "Grundstückswert" ist nicht nur die Wertsumme der einzelnen "Grundstücksbestandteile". Sobald einzelne Vermögensstücke - zum Beispiel einige Maschinen oder Fahrzeuge - aus der wirtschaftlichen Einheit des "Grundstückes" ausgeklammert sind, läßt sich demnach der Wert des verbleibenden "Rumpfgrundstückes" nur schwer oder gar nicht ermitteln. - Außerdem ist zu bedenken, daß die Grundpfandrechte vor allem deshalb eine besondere "Sicherungsqualität"[38] haben, weil "Grundstücke" sehr wertbeständig sind. Die Wertbeständigkeit der "Grundstücke" beruht aber wohl gerade darauf, daß ihr Wert der einer wirtschaftlichen Einheit ist: In dieser wirtschaftlichen Einheit ist eine Vielzahl von Vermögensstücken zusammengefaßt, so daß ein Wertverlust bei einem dieser Vermögensstücke durch Wertreserven oder gar Wertzuwachs bei einem anderen ausgeglichen werden kann. Einzelne, aus der wirtschaftlichen Einheit des "Grundstückes" herausgebrochene Vermögensstücke sind demgegenüber leichter Wertschwankungen ausgesetzt. Die Regelung des Gesetzes, nach der bei der Ausnutzung des Grundvermögens als Kreditunterlage immer die "Grundstücke" als wirtschaftliche Einheit erfaßt werden, bewirkt demnach, daß die jeweiligen Kreditgeber gegen Hingabe ihres Kapitals nicht nur einen klar zu bestimmenden, sondern auch einen besonders beständigen Vermögenswert in die Hand bekommen. Damit trägt sie erheblich dazu bei, daß die Grundpfandrechte so hervorragend zur Sicherung von Kreditforderungen geeignet sind. Angesichts dieser "Leistung" und im Hinblick darauf, daß das Gesetz von dem Streben nach einer möglichst übersichtlichen und klaren Sachenrechtsordnung beherrscht ist und deshalb zu einer "Typenfixierung" tendiert, wird man die gesetzliche Regelung als Ausdruck von Wertentscheidungen deuten können: Die Ausnutzung des Grundvermögens als Kreditunterlage ist nur dann schutzwürdig und erfolgt nur dann in der "richtigen" Weise, wenn "optimale" Bedingungen für die Sicherung von Kreditforderungen oder die Kapitalanlage gegeben sind; das ist nur

38) Vgl. dazu Baur, SR, § 36, I.2.c).

dann der Fall, wenn der Kreditgeber gegen Hingabe seines Kapitals einen eindeutig zu bestimmenden und möglichst beständigen Vermögenswert in die Hand bekommt; diese Voraussetzung ist nur dann gegeben, wenn die dingliche Belastung das "Grundstück" als wirtschaftliche Einheit erfaßt. Weil und soweit diese Wertungen in den Bestimmungen über das Objekt der Grundpfandrechte (§§ 1113, 1191, 1120, 1123, 1126, 1127) zum Ausdruck kommen, handelt es sich um zwingende Vorschriften, an die das privatautonome Handeln gebunden ist[39]. Wird der gesetzliche Umfang des von den Grundpfandrechten erfaßten Verwertungsobjektes beschnitten, so handelt es sich also um eine "wertungswidrige" Umgestaltung des betroffenen Rechtsinstitutes, die keinen Rechtsschutz genießt. Deshalb ist insbesondere eine Vereinbarung unzulässig, durch die einzelne Zubehörstücke - wie etwa Maschinen als Zubehör eines Fabrikgrundstückes - kraft des § 1157 mit dinglicher Wirkung aus der Haftung entlassen werden[40]. Ferner genießt eine Vereinbarung keinen Rechtsschutz, durch die kraft des § 1157 im Ergebnis die dingliche Haftung auf die Nutzungen des Grundstückes beschränkt, also eine "Revenüenhypothek" geschaffen wird[41].

---

39) So wird im Ergebnis mit Recht allgemein jenen Bestimmungen "zwingender Charakter" zugesprochen, vgl.z.B. Erman-Westermann, Bem. 5 vor § 1120, RGRK-Schuster, Bem. 2 vor §§ 1120 ff., Soergel-Siebert-Baur, § 1120, Rdnr. 7, ferner Müller, Seuff. Bl. 66, S. 1 ff.(8). Jedoch begnügen sich Erman-Westermann und RGRK-Schuster mit dem Hinweis darauf, daß der Inhalt der dinglichen Rechte nicht durch Parteivereinbarungen geändert werden könne, d.h. sie stützen sich auf den sog. "Typenzwang", während bei Soergel-Siebert-Baur überhaupt keine Begründung gegeben wird. Dem hier vertretenen Standpunkt kommt dagegen nahe die Begründung von Müller, der ausführt, der Grundsatz, daß die Hypothek das Grundstück als wirtschaftliche Einheit ergreife, sei die "Basis" des modernen Hypothekenrechts und könne daher von der Privatautonomie nicht angetastet werden.

40) Es wird also mit Recht allgemein als unzulässig betrachtet, einzelne Gegenstände mit dinglicher Wirkung aus der Haftung für das Grundpfandrecht zu entlassen. Gleichzeitig hält man aber fast ebenso einhellig einen "Freigabevertrag" mit "nur obligatorischer" Wirkung für zulässig und verkennt dabei, daß alle derartigen "Freigabeverträge" kraft des § 1157 automatisch dingliche Wirkungen entfalten, vgl. z. B. Müller, Seuff. Bl. 66, S. 1 ff.(8), RGRK-Schuster, Bem. 2 vor §§ 1120 ff., Soergel-Siebert-Baur, § 1120, Rdnr. 7, Trost-Schütz, BFB, S. 502, sowie aus der Rechtsprechung RGZ 125, S. 362 ff.(365). Bedenken auch gegen "Freigabeverträge" mit "nur obligatorischer" Wirkung hat lediglich Ehrlich, S. 599.

41) Es ist also im Ergebnis zutreffend, wenn allgemein die

b) Festlegung einer Verwertungsreihenfolge

Wie schon angedeutet, können einzelne Verwertungsobjekte dem Gläubiger auch in der Weise entzogen werden, daß ihre Verwertung erst zugelassen wird nach einem Vollstreckungsversuch in einzelne andere Verwertungsobjekte, oder jedenfalls zu einem späteren Zeitpunkt als der Zugriff auf diese anderen Verwertungsobjekte. Es kann - mit anderen Worten - unter den Verwertungsobjekten eine Verwertungsreihenfolge festgelegt werden. So kann zum Beispiel in einer besonderen Vereinbarung bestimmt sein, der Gläubiger dürfe sich bis nach Ablauf von 5 Jahren zunächst nur an die Nutzungen halten, oder er müsse zunächst Befriedigung suchen im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung in die mithaftenden Gegenstände, erst danach dürfe er die "Substanz" des Grundstückes verwerten.

Derartige Vereinbarungen sind denkbar für alle Arten von Grundpfandrechten. Praktisch bedeutsam sind sie aber nur für einen Grundpfandrechtstyp geworden, nämlich für die Gesamthypothek. Bei dieser gibt es zwei Möglichkeiten, unter den Verwertungsobjekten - den mit der Hypothek belasteten Grundstücken - eine Verwertungsreihenfolge herzustellen. Einmal kann der Zugriff auf ein einzelnes oder mehrere der Grundstücke erst zu einem späteren Zeitpunkt zugelassen werden, als der auf die übrigen: Die Gesamthypothek kann an einzelnen Grundstücken "gestundet" werden. Zum anderen kann die Verwertung einzelner Grundstücke nur für den Fall gestattet sein, daß aus den übrigen keine Befriedigung zu erlangen war: Die

---

Umgestaltung der Hypothek in eine "Revenüenhypothek" als unzulässig bezeichnet und dabei kein Unterschied gemacht wird zwischen einer unmittelbaren Inhaltsänderung und der dinglichen Wirkung, die entsprechende schuldrechtliche Vereinbarungen kraft des § 1157 entfalten, vgl.z.B. Biermann, Bem.2.a) vor § 1113, Planck-Strecker, § 1147, Anm. 3.c), Soergel-Siebert-Baur, § 1147, Rdnr. 11, Staudinger-Scherübl, § 1113, Rdnr.1a, 1 b, Strecker, HdRw III, S. 59, Warneyer, § 1147, Erl. V, Westermann, SR, § 101, II.3.a), Wolff-Raiser, SR, § 140,III.2. Anm. 12, sowie aus der Rechtsprechung KGJ 35, A, S. 310 ff. (313). Es wird dabei allerdings fast regelmäßig - wie offenbar auch schon von den Verfassern des BGB, vgl. Mugdan III, S. 353 f. - angenommen, daß es sich schon dann um eine "Revenüenhypothek" handele, wenn dem Gläubiger die Befugnis genommen sei, selbständig die Zwangsversteigerung zu betreiben. Gegen diese Annahme wendet sich aber mit Recht Reichel, Festscht.f. Cohn, S. 221, Anm. 1); siehe dazu auch oben, S. 103.

Verwertung kann von einer "Vorausklage" abhängen[42]. Alle diese Vereinbarungen geben dem jeweiligen Eigentümer das Recht, der Geltendmachung der Gesamthypothek zu widersprechen, soweit sie die "Stundung" nicht beachtet oder ohne "Vorausklage" erfolgt. Dem Eigentümer steht also eine "Eigeneinrede" zu. Durch diese "Eigeneinrede" wird kraft § 1157 die dingliche Rechtslage automatisch so verändert, daß im Ergebnis die Gesamthypothek an den einzelnen belasteten Grundstücken einen unterschiedlichen Inhalt hat. Angesichts dieser Auswirkungen kann kein Unterschied gemacht werden zwischen "nur persönlichen" Vereinbarungen über die Geltendmachung der Gesamthypothek an den einzelnen Grundstücken und einer "inhaltlich" verschiedenen Ausgestaltung der Zahlungsbedingungen[43].

Für die gesetzliche Struktur der Gesamthypothek ist kennzeichnend, daß es sich um ein "einheitliches" dingliches Recht an mehreren Grundstücken handelt: Es gilt der Grundsatz der "Rechtseinheitlichkeit". Die dinglichen Rechte - also auch die Gesamthypothek - teilen Sachherrschaft zu. Dementsprechend muß die "Rechtseinheitlichkeit" nicht nur für die Zuordnung Bedeutung haben, sondern auch für den Gehalt der Sachherrschaft, die die Gesamthypothek dem Gläubiger an den belasteten Grundstücken gewährt[44]. Die Vereinbarung unterschiedlicher Zahlungsbedingungen führt nun aber dazu, daß die

---

42) Ein Beispielsfall für eine solche Vereinbarung findet sich in KGJ 35, A, S. 310 ff. Ebenfalls mit einer besonderen Vereinbarung hinsichtlich einzelner Verwertungsobjekte hatte sich das BayObLG in NJW 1956, S. 143 f., zu befassen. Dort ging es aber nicht um eine Umgestaltung der Befugnisse an den Verwertungsobjekten der Gesamthypothek, sondern um den hier uninteressanten Fall der Rückgabe einzelner Grundstücke.

43) Ein derartiger Unterschied wird jedoch ganz überwiegend gemacht, vgl.z.B. Baur, SR, § 43, II.4.c), Palandt-Hoche, § 1132, Anm. 4)b), RGRK-Schuster, § 1132, Anm. 9, Soergel-Siebert-Baur, § 1132, Rdnr. 9; ferner BayObLG, NJW 1956, S. 143 f.(144), obwohl dort erkannt worden ist, daß der Eigentümer wirtschaftlich ebenso dasteht wie bei einer unmittelbar durchgeführten Inhaltsänderung. Demgegenüber werden jedoch beide gleich behandelt bei Staudinger-Scherübl, § 1132,Rdnr. 17, Westermann, SR, § 109, II.2., und in KGJ 35, A, S.310 ff. (313). Siehe im übrigen oben, S. 39 ff.

44) Die besondere Aufgabe der dinglichen Rechte im Zivilrechtssystem besteht nicht lediglich in der Zuordnung, sondern vielmehr in der Zuteilung und Abgrenzung von Sachherrschaft, vgl. Raiser, JR 1955, S. 118, sowie Wolff-Raiser, SR, § 1, I.4. Westermann, SR, § 2, II., rückt dagegen die "güterzuordnende Funktion" der dinglichen Rechte ganz in den Vordergrund. Dementsprechend meint er (§ 109, II.2.), die Einheitlichkeit der Gesamthypothek auf die Zuordnung beschränken zu können.

Sachherrschaft an den einzelnen Grundstücken verschieden ist. Während zum Beispiel der Gläubiger befugt ist, das erste Grundstück sofort zu verwerten, darf er sich aus dem zweiten erst nach Ablauf einer gewissen Frist und aus dem dritten nur unter ganz bestimmten Umständen, so etwa nach "Vorausklage" gegen die anderen Eigentümer, befriedigen. Damit besteht kein inhaltlich "homogenes" dingliches Recht mehr an der Gesamtheit der belasteten Grundstücke: Ein für die Gesamthypothek wesentliches Strukturprinzip, der Grundsatz der "Rechtseinheitlichkeit", ist durchbrochen. - Für die Gesamthypothek ist weiterhin charakteristisch, daß sich der Gläubiger nach seiner freien Wahl aus allen Grundstücken zugleich oder aus nur einem oder mehreren einzelnen befriedigen darf: Es gilt der Grundsatz der "Wahlfreiheit". Sind unterschiedliche Zahlungsbedingungen vereinbart, so kann sich der Gläubiger jedoch im Moment der "Realisierung" des Verwertungsrechtes nicht nach seinem Belieben an alle oder nur einzelne Verwertungsobjekte halten. Er kann zum Beispiel gezwungen sein, sich auf die Verwertung nur eines einzigen Grundstückes zu beschränken, da ihm ein zweites erst nach Ablauf mehrerer Jahre zur Befriedigung zur Verfügung steht oder ein drittes nur dann, wenn Vollstreckungsversuche in die beiden anderen ergebnislos geblieben sind. Es ist also ein weiteres für die Gesamthypothek wesentliches Strukturprinzip durchbrochen oder gar beseitigt, nämlich der Grundsatz der "Wahlfreiheit". - Diese Durchbrechung zweier wesentlicher Strukturprinzipien der Gesamthypothek bedeutet: Vereinbarungen über unterschiedliche Zahlungsbedingungen für die einzelnen Grundstücke verändern das "Wesen" der Gesamthypothek[45]. Die Strukturänderung ist

45) Überwiegend wird es als ein Widerspruch zum "Wesen" der Gesamthypothek betrachtet, den Inhalt dieses Rechtes so auszugestalten, daß hinsichtlich der einzelnen Grundstücke unterschiedliche Zahlungsbedingungen bestehen, vgl.z.B. Palandt-Hoche, § 1132, Anm. 4)b), RGRK-Schuster, § 1132, Anm. 9, m.w. Nw., Soergel-Siebert-Baur, § 1132, Rdnr. 9, ferner die Entscheidungen in KGJ 35, A, S. 310 ff., und KGJ 40, A, S.299 ff. Für die Einheitlichkeit der Inhaltsänderung im allgemeinen BayObLG, NJW 1956, S. 143 f. Bei Wolff-Raiser, SR, § 148,III., Anm. 16, ist dagegen nur von einer "Ordnungswidrigkeit" die Rede. Offen gelassen ist die Frage bei Baur, SR, § 43,II.4.c). Uneinheitlich ist die Stellungnahme von Planck-Strecker,§1132, Anm. 1.b), die unterschiedliche Zahlungsbedingungen als mit dem "Wesen" der Gesamthypothek vereinbar ansehen,gleichzeitig

dabei nicht nur von unwesentlicher Bedeutung. Sie hat vielmehr schwerwiegende Folgen: Im Zeitpunkt der "Realisierung" der Gesamthypothek wird eine vielleicht gerade bei dem einzigen "verwertungsfähigen" Grundstück eingetretene Wertminderung nicht durch Wertreserven der mithaftenden Grundstücke ausgeglichen; soweit der Gläubiger mit der Hypothek ausgefallen ist, muß er sich auf den Zeitpunkt vertrösten, in dem eines der anderen belasteten Grundstücke ebenfalls "verwertungsfähig" wird; auch dann ist aber wiederum möglich, daß an jenem Grundstück eine Wertminderung eingetreten ist, die keinen Ausgleich durch Wertreserven anderer Grundstücke findet. Eine in der geschilderten Weise verformte Gesamthypothek ist demnach nicht mehr uneingeschränkt geeignet, die "Werterhaltungsfunktion" zu erfüllen, die sie ihrer gesetzlichen Struktur nach zu erfüllen vermag.

Haben in den Strukturprinzipien der "Rechtseinheitlichkeit" und "Wahlfreiheit" gesetzliche Wertungen ihren Niederschlag gefunden, so steht ihre Durchbrechung im Widerspruch zum Gesetz und genießt keinen Rechtsschutz. Es ist also die Frage zu klären, ob jene Strukturprinzipien nur in dem Bestreben entwickelt worden sind, überhaupt eine allgemeine Regelung zu schaffen, ohne daß es auf das Wie dieser Regelung angekommen wäre, oder ob es ihr Sinn und Zweck ist, das privatautonome Handeln in bestimmte Bahnen zu lenken. Muß aus dem Gesetz die Wertung entnommen werden, daß die Belastung mehrerer Grundstücke mit einem einzigen Grundpfandrecht nur dann in der "richtigen" Weise erfolgt, wenn die beiden für die Gesamthypothek wesentlichen Strukturprinzipien der "Rechtseinheitlichkeit" und der "Wahlfreiheit" beachtet werden ?

Unter den Sachenrechtsinstituten ist nur die Gesamthypothek auf Lebensverhältnisse zugeschnitten, in denen ein wirtschaftliches Bedürfnis besteht, mehrere Grundstücke gemeinsam als Kreditunterlage heranzuziehen, weil der Kreditgeber anderenfalls keinen ausreichenden und genügend sicheren

---

aber einen Ausschluß des Wahlrechtes des Gläubigers und dementsprechend eine Vereinbarung über eine "Vorausklage" als Widerspruch zum "Wesen" der Gesamthypothek behandeln. Ohne Einschränkungen als mit dem "Wesen" der Gesamthypothek vereinbar werden unterschiedliche Zahlungsbedingungen dagegen behandelt bei Staudinger-Scherübl, § 1132, Rdnr. 17, m.w.Nw., und Westermann, SR, § 109, II.2.

Vermögenswert in die Hand bekommt. Ihre Struktur ist so ausgestaltet, daß der Kreditgeber auch im Rahmen eines derartigen Lebensverhältnisses in der vollen Höhe des gewährten Kredites und vor allem wertbeständig sichergestellt werden kann. Sie ist - mit anderen Worten - dazu geeignet, im Rahmen derartiger Lebensverhältnisse eine "Werterhaltungsfunktion" zu erfüllen[46]. Im Hinblick darauf, daß das Gesetz von dem Streben nach einer möglichst klaren und übersichtlichen Sachenrechtsordnung beherrscht ist und dementsprechend zu einem "Typenzwang" tendiert, kann der Schluß gezogen werden: Die Gesamthypothek ist das einzig "richtige" Rechtsinstitut zur Ordnung von Lebensverhältnissen, in denen ein Bedürfnis besteht, mehrere Grundstücke gemeinsam als Kreditunterlage zu verwenden. Weiterhin läßt die Funktion, zu deren Erfüllung die Gesamthypothek geeignet ist, die Folgerung zu: Es ist Sinn und Zweck dieses Rechtsinstitutes, die gemeinsame Verwendung mehrerer Grundstücke als Kreditunterlage so zu "organisieren", daß dem Kreditgeber tatsächlich ein voll ausreichender und vor allem beständiger Vermögenswert garantiert ist; die gemeinsame Belastung mehrerer Grundstücke ist nur dann schutzwürdig und erfolgt nur dann in der "richtigen" Weise, wenn das Grundpfandrecht in dem konkreten Fall auch tatsächlich eine "Werterhaltungsfunktion" erfüllen kann.

Auf diesem Untergrund ist deutlicher zu erkennen, welches Gewicht die Grundsätze der "Wahlfreiheit" und der "Rechtseinheitlichkeit" haben. Der Grundsatz der "Wahlfreiheit" garantiert, daß der Gläubiger sich bei der Verwirklichung seines Verwertungsrechtes auch tatsächlich die Wertreserven zunutze machen kann, die in einem oder mehreren der belasteten Grundstücke ruhen. Der Grundsatz der "Rechtseinheitlichkeit" stellt sicher, daß der Gläubiger sein Wahlrecht auch tatsächlich in vollem Umfang ausüben kann. Beide Grundsätze gemeinsam gewährleisten demnach erst, daß die Gesamthypothek ihre "Werterhaltungsfunktion" überhaupt erfüllen kann. - Abgesehen davon hat der Grundsatz der "Rechtseinheitlichkeit" noch eine weitere Funktion: Er verhindert einmal eine "Vervielfältigung" des Verwertungsrechtes, und zum anderen bewirkt er, daß die

46) Siehe oben, S. 95 f.(96).

Eigentümer der einzelnen Grundstücke und die Nachhypothekare dem Gläubiger gleichberechtigt gegenüberstehen und nicht dem "Zwang" ausgesetzt sind, ihn durch "Opfergaben" zu einer Sonderregelung zu bewegen; er bewirkt also einen gewissen Schutz für die Grundstückseigentümer und die Nachhypothekare.[47] - Wenn die Grundsätze der "Wahlfreiheit" und der "Rechtseinheitlichkeit" derartiges "leisten", so muß es sich bei ihnen nicht nur um eine "beliebige" Regelung, sondern um den Ausdruck einer bestimmten Ordnungsvorstellung und Wertentscheidung handeln: Sollen mehrere Grundstücke gemeinsam als Kreditunterlage herangezogen werden, so geschieht das nur dann in der "richtigen" Weise, wenn dem Kreditgeber ein einheitliches, in sich "homogenes" Herrschaftsrecht an diesen Grundstücken eingeräumt wird, das ihm die Befugnis gewährt, im "Ernstfall" auch tatsächlich nach seiner freien Wahl alle Grundstücke zugleich oder nur einzelne von ihnen zu verwerten. Sind aber die Strukturprinzipien der "Rechtseinheitlichkeit" und der "Wahlfreiheit" der Ausdruck einer derartigen Ordnungsvorstellung, so haben sie zwingenden Charakter.

Dieses Ergebnis mag im Hinblick auf die große Machtfülle, die die Gesamthypothek kraft des Grundsatzes der "Wahlfreiheit" ihrem Inhaber gewährt, zunächst als bedenklich erscheinen[48]. Bei näherer Untersuchung zeigt sich aber, daß es sich zum Beispiel dann, wenn durch unterschiedliche Zahlungsbedingungen und Kündigungsbedingungen für den Zeitpunkt der Vollstreckung das "Wahlrecht" beseitigt ist, praktisch nur um eine Vorverlegung der Wahl handelt. Der eigentliche "Fehler" der Gesamthypothek, nämlich der, daß sie den Wert der Einzelgrundstücke jeweils ausschöpft, wird zumindest in diesem Fall nicht beseitigt. Eine uneinheitliche Ausgestaltung der Gesamthypothek an den einzelnen Grundstücken wird aber auch sonst kaum geeignet sein, die "Gefährlichkeit" dieses Rechtsinstitutes auszuschalten. Wenn sich jedoch an der "Gefährlichkeit" der Gesamthypothek kaum etwas ändern läßt, so ist es gerechtfertigt zu verlangen, daß sie wenigstens zum

47) Zu den Funktionen der Grundsätze der "Wahlfreiheit" und der "Rechtseinheitlichkeit" siehe auch oben, S. 95 f.
48) Zu der "Gefährlichkeit", die allgemein dem Grundsatz der "Wahlfreiheit" zugesprochen wird, vgl.z.B. Baur, SR, § 43, I. 2., Westermann, SR, § 109, I.2.b), und Wolff-Raiser, SR, § 148, I.

"Ausgleich" eine "Werterhaltungsfunktion" erfüllt. Das kann sie aber nur, wenn bei ihrer Ausgestaltung den Grundsätzen der "Wahlfreiheit" und der "Rechteinheitlichkeit" Rechnung getragen ist.

Nach alledem kann als Ergebnis festgehalten werden: Wird die gesetzliche Struktur der Gesamthypothek so verändert, daß die Strukturprinzipien der "Wahlfreiheit" und der "Rechtseinheitlichkeit" beseitigt sind, so handelt es sich um eine "wertungswidrige" Umgestaltung dieses Rechtsinstitutes, die keinen Rechtsschutz beanspruchen kann. Es ist deshalb unzulässig, Vereinbarungen zu treffen, durch die kraft des § 1157 mit dinglicher Wirkung unterschiedliche Zahlungsbedingungen bezüglich der einzelnen Grundstücke geschaffen werden, durch die also zum Beispiel das Verwertungsrecht an einzelnen Grundstücken "gestundet" oder von einer "Vorausklage" abhängig gemacht wird[49].

4.) Beschränkung der Verwertungsbefugnis auf einen besonderen Verwertungszweck

Neben dem "Was", dem "Wann" und dem "Woran" kann schließlich auch das "Wozu" der Verwertungsbefugnis durch eine "Eigeneinrede" beeinflußt werden. Wozu, zu welchem Zweck, darf

49) Zu diesem Ergebnis ist bisher nur das KG in KGJ 35, S. 310 ff.(313), gelangt. Die überwiegende Meinung geht zwar ebenfalls dahin, es sei unzulässig, den Inhalt der Gesamthypothek so auszugestalten, daß bezüglich der einzelnen Grundstücke unterschiedliche Zahlungsbedingungen bestehen, vgl.z.B. Palandt-Hoche, § 1132, Anm. 4)b), RGRK-Schuster, § 1132,Anm.9, Soergel-Siebert-Baur, § 1132, Rdnr. 9, Wolff-Raiser, SR,§ 148, III.(er meint allerdings in Anm. 16, es handele sich nur um eine "Ordnungswidrigkeit", die gleichwohl eingetragene Gesamthypothek sei gültig entstanden), sowie die Entscheidung des KG in KGJ 40, A, S. 299 ff.(300). Gleichzeitig wird allerdings fast allgemein eine "persönliche Vereinbarung", die kraft des § 1157 dinglich auf die Gesamthypothek einwirkt, für zulässig gehalten, so auch von Baur, SR, § 43, II.4.c) (die Frage, ob unterschiedliche Zahlungsbedingungen mit "dinglicher" Wirkung vereinbart werden können, läßt er jedoch offen). Demgegenüber werden unterschiedliche Zahlungsbedingungen generell für zulässig gehalten vor allem von Westermann, SR, § 109, II.2., und Staudinger-Scherübl, § 1132, Rdnr. 17. Planck-Strecker, § 1132, Anm. 1.b), betrachten unterschiedliche Zahlungsbedingungen grundsätzlich ebenfalls als zulässig, wollen aber speziell Vereinbarungen über eine "Vorausklage" gleichwohl nicht zulassen, weil dadurch das "Wahlrecht" des Gläubigers eingeschränkt werde.

der Grundpfandrechtsgläubiger das dingliche Verwertungsrecht verwenden ? Die Anpassung eines Grundpfandrechtstypus an die Besonderheiten eines konkreten Rechtsverhältnisses kann darin bestehen, daß er einem besonderen Zweck dienstbar gemacht wird, zu dessen Verwirklichung er von Gesetzes wegen nicht vorgesehen ist, den aber die Parteien mit der Bestellung des Grundpfandrechtes zu verwirklichen suchen. Aus den besonderen persönlichen Vereinbarungen können sich für den Eigentümer "Eigeneinreden" ergeben, mit deren Hilfe er jede Geltendmachung des Grundpfandrechtes zu unterbinden vermag, die nicht mit dem vertraglich festgelegten besonderen Verwertungszweck im Einklang steht. Für eine derartige Beschränkung auf einen besonderen Verwertungszweck eignet sich naturgemäß jedoch nur ein Grundpfandrechtstyp, der seiner gesetzlichen Ausgestaltung nach nicht auf einen bestimmten Sonderzweck festgelegt ist, sondern ein weiteres Anwendungsgebiet hat. Es kommt also vor allem die Grundschuld als die einfachste und am wenigsten "spezialisierte" Grundpfandrechtsform in Frage. Sie ist auch tatsächlich in der Praxis sehr häufig - man kann schon sagen: Fast nur noch! - das Objekt von Vereinbarungen, die das dingliche Verwertungsrecht auf einen besonderen Verwertungszweck festlegen. Dabei wirkt sich vor allem aus, daß sie nicht auf eine irgendwie geartete Sicherungsfunktion zugeschnitten, sondern in dieser Hinsicht grundsätzlich "offen" ist für jede beliebige Vereinbarung: Diese "Offenheit" macht sie geradezu zu einem "universellen" Sicherungsmittel[50]. In der Praxis liegt ihrer Bestellung deshalb auch regelmäßig eine Sicherungsvereinbarung zugrunde, durch die sie einem bestimmten Sicherungszweck dienstbar gemacht wird.

Dem vereinbarten Sicherungszweck nach lassen sich grob drei Arten der "Sicherungsgrundschuld" unterscheiden[51]. Einmal kann die Grundschuld zur Sicherung eines langfristigen

50) Seggelke, S. 51, spricht von einer der Grundschuld "von Natur aus innewohnenden Sicherungstendenz".

51) Zu den Anwendungsfällen der "Sicherungsgrundschuld" vgl. im einzelnen Baur, SR, § 45, I.2., sowie Huber, S. 53 ff. Beispielsfälle finden sich vor allem in folgenden Entscheidungen: AG Bochum, JW 1938, S. 106 f.; KGJ 53, A, S. 219 f.; KG, JW 1932, S. 1759 f.; OLG München, JFG 16, S. 291 ff.; RG, BA 1933/34, S. 73 ff.; RG, Warn. Rspr. 1, S. 342 ff.; RGZ 91, S. 218 ff.; RGZ 135, S. 357 ff.

Darlehens dienen; die Parteien können ihr also die Sicherungsfunktion einer Verkehrshypothek zugedacht haben. Zum anderen wird die Grundschuld sehr häufig zur Sicherung von Forderungen aus laufenden Geschäftsverbindungen verwendet, handele es sich nun um Kontokorrentkredite einer Bank oder um sogenannte Warenkredite; sie wird also der besonderen Sicherungsfunktion einer Höchstbetragshypothek dienstbar gemacht. Schließlich dient die Grundschuld in der Praxis oft als sogenannte Treuhandgrundschuld zur Sicherung von Forderungen aus Inhaberschuldverschreibungen und erfüllt dann die spezifische Sicherungsfunktion einer Wertpapierhypothek.

In allen diesen Fällen geht es den Parteien darum, "Nachteile" auszuschalten, die der jeweilige Hypothekentypus im allgemeinen oder doch jedenfalls für den Gläubiger mit sich bringt. Es ist also auch im Innenverhältnis wirklich eine Grundschuld und nicht eine Hypothek gewollt; von einem "verdeckten" Geschäft im Sinne des § 117 Abs. II kann nicht gesprochen werden[52]. - Vor allem wird die Grundschuld zur Vermeidung derjenigen "Nachteile" und "Umständlichkeiten" gewählt, die sich aus der sachenrechtlichen "Angelehntheit" der Hypothekenformen an die zu sichernde Forderung ergeben[53]. Die Sicherungsvereinbarung, die regelmäßig der Grundschuldbestellung zugrunde liegt, stellt allerdings ebenfalls eine gewisse Verbindung zwischen dem Grundpfandrecht und der zu sichernden Forderung her. Der Eigentümer kann nach ihr verlangen, daß der Gläubiger von seinem Verwertungsrecht nur im Rahmen des begrenzten Sicherungszweckes Gebrauch macht. Mißachtet der Gläubiger die Vereinbarung, so ergibt sich aus ihr für den Eigentümer das Recht, der Geltendmachung des Grundpfandrechtes zu widersprechen; es entsteht also eine "Eigeneinrede", die kraft des § 1157 eine "Drittwirkung" entfaltet.

Häufig wird schon allein die Tatsache, daß die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung gegeben wurde, als "Eigeneinrede" behandelt. So hat insbesondere das Reichsgericht

---

52) Gegen den Vorwurf des Scheingeschäftes im Hinblick auf die "Sicherungsgrundschuld" mit Recht z.B. Brebeck, S. 27, Kindler, S. 32, Quentin, S. 7, und Schieb, S. 42.

53) Zu den "Vorteilen", die die Grundschuld insbesondere gegenüber der streng akzessorischen Höchstbetragshypothek bietet, vgl. nur Trost-Schütz, BFB, S. 500 f.

wiederholt ausgesprochen, der Erwerber einer "Sicherungsgrundschuld" sei schon dann als bösgläubig im Sinne des § 1157 S.2 anzusehen, wenn er von dem Bestehen des Sicherungsvertrages Kenntnis habe, wenn er den Sicherungszweck der Grundschuldbestellung kenne[54]. Im Schrifttum hat diese Ansicht teilweise Billigung gefunden, und es ist sogar angeregt worden, bei jeder Bestellung einer "Sicherungsgrundschuld" ausdrücklich zu vereinbaren, der Eigentümer habe die "Einrede", daß er aus dem Grundstück nur zu zahlen brauche, was aus dem Schuldverhältnis geschuldet werde[55]. Wortlaut und Zweck des § 1157 sind jedoch nicht auf die Erhaltung eines Rechtsverhältnisses, sondern auf die eines subjektiven Rechts des Eigentümers gerichtet, nämlich der Befugnis, der Geltendmachung des Grundpfandrechtes zu widersprechen. Aus dem Sicherungsvertrag als solchem folgt nicht notwendig, daß der Eigentümer der Geltendmachung der Grundschuld widersprechen kann, vielmehr besteht nur die Möglichkeit, daß ein Widerspruchsrecht entsteht. Der Sicherungszweck selbst ist kein subjektives Recht, und er kann dementsprechend auch nicht als "Eigeneinrede" behandelt werden. Kennt der Grundschulderwerber lediglich den Sicherungsvertrag, so ist er also nicht bösgläubig im Sinne des § 1157 S.2. Die Frage, ob durch die Eintragung des Sicherungszweckes oder des Sicherungsvertrages gemäß § 1157 S.2 das "Wesen" der Grundschuld verändert wird, taucht gar nicht auf, weil eben Sicherungszweck oder Sicherungsvertrag keine "Eigeneinrede" darstellen und schon aus

---

54) Vgl. insbesondere RGZ 91, S. 218 ff., und RG, BA 1933/34, S. 73 ff.

55) So Lindemann, JW 1931, S. 2613,f. Dem RG stimmen zu: Soergel-Siebert-Baur, § 1157, Rdnr. 7, Ungewitter, S. 18, sowie Janberg, BA 1936/37, S. 514 ff., der jedoch unter Berufung auf KG, JW 1932, S. 1759 f., die Eintragbarkeit der "Einrede des Sicherungszweckes" insoweit verneint, als dadurch die Grundschuld ihrer "abstrakten Natur" entkleidet würde. Ebenso wie Janberg behandelt Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f., den Sicherungszweck als eine "Eigeneinrede", die nicht eintragbar ist, weil sie im Gegensatz zum "eigentlichen Wesen" einer Grundschuld steht. Westermann, SR, § 116, III.3.b), lehnt neuerdings zwar die Rechtsprechung des RG ab, kommt ihr aber dann im Ergebnis doch wieder sehr nahe: Er will als "Kenntnis der Einrede" i.S. des § 1157 eine "Kenntnis der Eigenart der gesicherten Forderung" genügen und mit dieser Maßgabe alle Einreden durchgreifen lassen, die Folge einer schon z.Zt. der Abtretung bestehenden "Schwäche" der Forderung sind.

diesem Grunde gar nicht über den § 1157 in das Grundbuch gelangen können[56].

Der Sicherungsvertrag ist keine "Eigeneinrede", die "Eigeneinrede" hat vielmehr in ihm ihren Ursprung. Ergeben sich aus dem Sicherungsvertrag Verbote bestimmter Gläubigerhandlungen, so handelt es sich dabei jedoch nicht in jedem Fall um eine "Eigeneinrede". - Aus dem Sicherungsvertrag ist zu folgern, daß der Gläubiger Grundschuld und Forderung nur gemeinsam abtreten darf, und auch das nur, soweit sie sich decken[57]. In Rechtsprechung und Schrifttum wird nun nahezu einhellig die Ansicht vertreten, bei einem obligatorischen Abtretungsverbot handele es sich um eine "Eigeneinrede": Wer in Kenntnis dieses Verbotes die damit behaftete Hypothek oder Grundschuld erwirbt, soll es gegen sich gelten lassen müssen und das Grundpfandrecht dementsprechend nicht "realisieren" können[58]. Der § 1157 setzt jedoch voraus, daß die "Eigen-

---

56) Vgl. dazu die eingehende Stellungnahme bei Huber, S.135 ff., und neuerdings Serick, II, S. 424 f., 432 ff.(436), m.zahlr. Nw. Serick plädiert allerdings nur deshalb für eine solche "enge" Auslegung des § 1157, weil anderenfalls die "Grundentscheidung" mißachtet werde, die das Gesetz in den §§ 1191, 1192 über den rechtlichen Charakter der Grundschuld getroffen habe. Daß der Sicherungszweck oder der Sicherungsvertrag als solcher noch keine "Eigeneinrede" darstellt, ist die heute im übrigen aber überwiegende Meinung, vgl.z.B. Baur, SR, § 45, III.1.c), Dempewolf, Diss., S. 45 f., und derselbe, Rückübertragungsanspruch, S. 56 f., Palandt-Hoche, § 1191, Anm. 2)b) aa), Ripfel, BWNotZ 1961, S. 195, Wolff-Raiser, SR, § 154,VI. 2., Anm. 15. Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung finden sich Entscheidungen, die im Ergebnis von der Rechtsprechung des RG abweichen. So hat das KG in JW 1932,S.1759 f, ausgesprochen, der Sicherungszweck könne nicht zum Inhalt der Grundschuldeintragung gemacht werden, für den Eigentümer sei aber auch noch keine gemäß § 1157 eintragbare Einrede entstanden, solange die volle Valutierung noch möglich bleibe. Ferner hat das OLG München in JFG 16, S. 291 ff., die Eintragung eines Treuhandvermerkes abgelehnt, weil es sich nicht um die Eintragung einer Einrede im Sinne des § 1157, sondern um die eines Rechtsverhältnisses handeln würde.

57) Zur Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Grundschuldgläubigers durch den Sicherungsvertrag vgl. Huber, S. 154 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

58) Allgemein wird das obligatorische Abtretungsverbot als "Eigeneinrede" behandelt, z.B. Bei Eichler II/2, S. 482,Güthe-Triebel, Bem. 40 vor § 13, J., ZKW 1952, S. 319, Palandt-Hoche, § 1157, Anm. 2), Planck-Strecker, § 1157, Anm. 2,RGRK-Schuster, § 1157, Anm. 2, Soergel-Siebert-Baur, § 1157,Rdnr.2, Staudinger-Scherübl, § 1156, Rdnr. 2 f, sowie § 1157, Rdnr.1, Wolff-Raiser, SR, § 139, III.3. Speziell im Zusammenhang mit

einrede" schon dem Zedenten des Grundpfandrechtes gegenüber "entstanden" war. Durch die schuldrechtliche Vereinbarung, daß der Gläubiger die Grundschuld nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen abtreten darf, wird aber die Geltendmachung der Grundschuld gegenüber dem Eigentümer nicht beschränkt. Tritt der Gläubiger unter Verletzung des Sicherungsvertrages die Grundschuld ab, und beruft sich nun der Eigentümer gegenüber dem Erwerber auf das Abtretungsverbot, so macht er eine "Einrede" geltend, die er dem Veräußerer der Grundschuld nicht hätte entgegenhalten können, wenn dieser ihn aus der Grundschuld in Anspruch genommen hätte. Bei der aus dem Sicherungsvertrag folgenden Verfügungsbeschränkung handelt es sich also nicht um eine "Eigeneinrede"[59].

Darf demnach einerseits nicht jedes aus dem Sicherungsvertrag fließende Verbot bestimmter Gläubigerhandlungen als "Eigeneinrede" behandelt werden, so ist es andererseits aber auch zu eng, praktisch nur in einem einzigen Fall die Entstehung einer "Eigeneinrede" anzunehmen. - Eine der Hauptpflichten aus dem Sicherungsvertrag ist die, das Grundpfandrecht bei Erledigung des Sicherungszweckes an den Eigentümer zurückzuübertragen: Der Eigentümer hat einen Rückübertragungsanspruch, sobald das Kreditverhältnis beendet wird und die Grundschuld nicht mehr durch eine Forderung "valutiert" ist[60].

---

der "Sicherungsgrundschuld" wird das aus dem Sicherungsvertrag entspringende Abtretungsverbot als "Eigeneinrede" behandelt z.B. bei Baur, SR, § 38, VII.1.d), Janberg, BA 1936/37, S. 517, Ripfel, BWNotZ 1961, S. 195, Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 15, Stockmayer, S. 32 (er hält jedoch diese "Einrede" nicht für eintragungsfähig), Westermann, SR, § 116, II.2.b). Aus der Rechtsprechung ist die Entscheidung des RG in RGZ 135, S. 357 ff., besonders hervorzuheben. Darin geht das RG geradezu mit Selbstverständlichkeit davon aus, daß die Beschränkung der Verfügungsbefugnis eine Einrede im Sinne des § 1157 darstellt.

59) Vgl. Huber, S. 162 f. Indirekt weicht auch die Entscheidung des OLG München in JFG 16, S. 291 ff., von der herrschenden Meinung ab, da in ihr gar nicht erst geprüft wird, ob eine treuhänderische Verfügungsbeschränkung gemäß § 1157 S.2 eingetragen werden kann, sondern nur von der Möglichkeit die Rede ist, die Übertragbarkeit der Grundschuld gemäß §§ 399, 413 auszuschließen.

60) Dieser Rückübertragungsanspruch folgt unmittelbar aus dem Sicherungsvertrag und kann nicht als ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung gedeutet werden, vgl. Baur, SR, § 45, II.2., sowie Huber, S. 78 ff., und jetzt auch Serick, II, S. 437 f.

Besteht ein solcher Rückübertragungsanspruch, so steht die Geltendmachung des Grundpfandrechtes zweifellos im Widerspruch zum Sicherungsvertrag. Nach oft vertretener Ansicht soll der Eigentümer aber überhaupt nur dann die Geltendmachung der Grundschuld mit einer "Eigeneinrede" abwehren können, wenn die "Nichtvalutierung" endgültig feststeht: Der Sicherungscharakter begründe nur im Zusammenhang mit dem Fehlen der Forderung eine Einrede, und dabei müsse zusätzlich die Nichtvalutierung endgültig feststehen; nur wenn aus dem Kreditverhältnis Forderungen der durch die Grundschuld zu sichernden Art nicht mehr entstehen könnten, könne der Eigentümer dem Anspruch aus der Grundschuld eine Einrede der abredewidrigen Geltendmachung im Sinne des § 1157 entgegensetzen[61]. Praktisch soll nach dieser Meinung aus dem Sicherungsvertrag eine "Eigeneinrede" überhaupt nur als "Reflex" des Rückübertragungsanspruches entstehen können. Nach dem Sinn und Zweck der Vereinbarung soll der Eigentümer "die" Einrede aus dem Sicherungsvertrag aber auch dann haben, wenn der Rückübertragungsanspruch abgetreten, gepfändet oder verjährt ist; die Einrede soll nicht von dem Rückübertragungsanspruch abhängig sein. Demnach folgt die "Einrede der abredewidrigen Geltendmachung" unmittelbar aus dem Sicherungsvertrag und ist bei sachgerechter Auslegung dieser Vereinbarung dem Eigentümer auch schon zu einer Zeit zuzugestehen, zu der er eine Rückübertragung des Grundpfandrechtes noch nicht verlangen darf, zu der insbesondere das Kreditverhältnis noch fortbesteht[62].

---

61) So insbesondere KG, JW 1932, S. 1759 f., und im Anschluß daran Dempewolf, Diss., S. 45 f., sowie derselbe, Rückübertragungsanspruch, S. 56 f. Daß dem Eigentümer nur dann eine "Eigeneinrede" zusteht, wenn er die Rückübertragung der Grundschuld verlangen kann, nehmen außerdem offenbar an Erman-Westermann, §§ 1191, 1192, Anm. 10, J., ZKW 1952, S. 320, Janberg, BA 1936/37, S. 514, Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f., Ripfel, DNotZ 1957, S. 520 ff., Staudinger-Scherübl, § 1157, Rdnr. 15, sowie § 1191, Rdnr. 8 a, Weimar, S. 41 f., schließlich aus der Rechtsprechung vor allem RGZ 91, S. 218 ff.

62) In diesem Sinne vor allem Huber, S. 78 f. Die gleiche Ansicht findet sich außerdem schon bei Trobitzsch, S. 54, wo es heißt, auch wenn der Eigentümer den nicht valutierten Teil der Grundschuld zunächst noch nicht kondizieren könne, sei das Recht des Gläubigers behaftet mit den Einreden aus dem der Bestellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft.

Unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer diese Einrede geltend machen kann, richtet sich nach dem Inhalt, den die Parteien dem Sicherungsvertrag im Einzelfall gegeben haben. Allerdings wird es in der Praxis wohl kaum vorkommen, daß im Sicherungsvertrag im einzelnen festgelegt wird, in welchen Fällen der Eigentümer der Geltendmachung des Grundpfandrechtes widersprechen darf[63]. In jedem Falle ist aber in der Vereinbarung die Bestimmung enthalten, daß die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen soll. Schon allein daraus ergibt sich, daß dem Gläubiger alle Verhaltensweisen verboten sind, die sich mit dem Sicherungszweck nicht vereinbaren lassen. Aus diesem Verbot folgt wiederum, ohne daß etwas derartiges noch ausdrücklich im Vertrag gesagt sein müßte, automatisch das Recht des Eigentümers, einer verbotswidrigen Geltendmachung des Grundpfandrechtes zu widersprechen. Die ausdrückliche Vereinbarung einer Einrede ist also nicht notwendig, die Festlegung des Sicherungszweckes reicht aus[64].

Aufgrund des Sicherungsvertrages ist eine doppelte Inanspruchnahme aus Grundpfandrecht und Forderung verboten. Der Gläubiger darf aus der Grundschuld nur verlangen, was durch die gesicherte Forderung gedeckt ist, und auch das darf er lediglich zum Zwecke der Erfüllung der gesicherten Forderung beanspruchen. Einem Vorgehen des Gläubigers, das diese Grenzen

---

63) Für das Verfahren in der Praxis dürfte vielmehr der Vorschlag typisch sein, der sich bei Trost-Schütz, BFB, S.509 ff., 519 f.(Muster 399), findet. Die dort vorgeschlagene Sicherungszweckerklärung behandelt kaum die Rechte des Eigentümers, sondern weit mehr seine Pflichten und die Rechte der Bank. Es ergibt sich aus ihr nur "negativ", daß der Eigentümer der Bank immer dann widersprechen darf, wenn sie sich nicht im Rahmen des Sicherungszweckes und der Befugnisse hält, die ihr im Sicherungsvertrag eingeräumt sind. Es wird also in der Praxis wohl nicht vorkommen, daß eine "Einrede der Nichtvalutierung" ausdrücklich vereinbart wird; Staudinger-Scherübl, § 1191, Rdnr. 8 a, nimmt das jedoch an.

64) Zur Tragweite der Sicherungszweckerklärung als solcher vgl. Huber, S. 77. Daß sich eine Einrede - ein "Gegenrecht" - ohne ausdrückliche Vereinbarung automatisch aus dem Sicherungsvertrag als solchem ergibt, meinen auch Brebeck, S. 28, und Erman-Westermann, §§ 1191, 1192, Anm. 10.

nicht beachtet, kann der Eigentümer widersprechen[65]. Danach steht ihm vor allem dann eine Einrede zu, wenn die gesicherte Forderung ganz oder zum Teil nicht entstanden oder untergegangen ist. Besteht die Forderung zwar, ist sie jedoch mit einer Einrede behaftet, so kann der Eigentümer aber gleichfalls eine Einrede geltend machen. - Ein wichtiges Beispiel für eine derartige Einrede ist dann gegeben, wenn die Grundschuld eine Forderung aus einem Wechsel oder einer Inhaberschuldverschreibung sichern soll. In diesem Fall kann der Eigentümer aus der Grundschuld nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Papiers an den Schuldner in Anspruch genommen werden (Art. 39 WG, § 797). - Darüber hinaus steht dem Eigentümer dann eine Einrede zu, wenn der Schuldner der gesicherten Forderung ein noch nicht ausgeübtes Anfechtungsrecht oder eine Aufrechnungsbefugnis besitzt, oder wenn vor Gericht rechtskräftig festgestellt ist, daß die gesicherte Forderung nicht besteht. Nach dem Sinn des Sicherungsvertrages muß der Eigentümer in diesen Fällen ebenso gestellt werden wie ein Bürge oder Hypothekenbesteller (§§ 768 Abs.I S.1, 770, 1137 Abs.I S.1) - Schließlich kann der Eigentümer auch dann der Geltendmachung der Grundschuld widersprechen, wenn die gesicherte Forderung noch nicht fällig ist. - In zwei Fällen begründet allerdings eine Einrede gegen die gesicherte Forderung keine Einrede gegen die Grundschuld. Einmal kann der Eigentümer sich nicht auf eine persönliche Haftungsbeschränkung, insbesondere beschränkte Erbenhaftung, berufen (§§ 768 Abs.I S.2, 1137 Abs.I S.2 analog). Zum anderen kann er nicht geltend machen, daß die gesicherte Forderung verjährt sei (§ 223 Abs.II). - Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, abgesehen von den beschriebenen Einreden stehe dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrages noch die Einrede zu, daß er nur gegen Befreiung von der Forderung die Befriedigung zu dulden brauche[66]. Der Sicherungsvertrag enthält jedoch für

---

65) Im Folgenden können die Einreden des Eigentümers gegen die "Sicherungsgrundschuld" nur kurz skizziert werden. Wegen der Einzelheiten und der verschiedenen Streitfragen vgl. Huber, S. 120 ff., und die dortigen Nachweise.

66) So Biermann, § 1153, Anm. 2, Erman-Westermann, §§ 1191, 1192, Anm. 12, sowie unter Berufung auf Erman-Westermann Weimar, S. 42. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Einrede jedoch Brebeck, S. 38.

die gesicherte Forderung bereits eine Erfüllungsabrede: Die Grundschuld wird erfüllungshalber für die gesicherte Forderung bestellt[67]. Demnach bedarf es keiner "Einrede des Befreiungsanspruches"; aufgrund der Erfüllungsabrede führt ja die "Realisierung" der Grundschuld bereits zur Tilgung der Forderung.

Kraft des § 1157 entfalten die beschriebenen Einreden aus dem Sicherungsvertrag eine "Drittwirkung". In dem Bestreben, diese Wirkung auszuschalten, soweit sie zu einer dinglichen Verknüpfung der Grundschuld mit der zu sichernden Forderung führt, ist wiederholt die Ansicht vertreten worden, aufgrund des § 1157 S.2 dürften nur solche Einreden in das Grundbuch eingetragen werden, die mit dem "Wesen" der Grundschuld in Einklang ständen[68]. Dem liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, die Einreden aus dem Sicherungsvertrag wirkten nur dann auf die dingliche Rechtslage ein, wenn sie eingetragen würden. Durch § 1157 S.1 sind jedoch alle "Eigeneinreden" ohne Rücksicht auf eine Eintragung mit "Drittwirkung" ausgestattet. Sie verändern die dingliche Rechtslage automatisch und bedürfen keiner "Verdinglichung" durch Eintragung[69]. Die Eintragung hat lediglich den Sinn, den Eigentümer gegen die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbes zu schützen. Abgesehen davon kann nach Wortlaut und Zweck des § 1157 kein Unterschied gemacht werden zwischen eintragungsfähigen und nicht eintragungsfähigen Einreden; vielmehr sind sämtliche "Eigeneinreden" eintragungsfähig, und es ist auch gleich-

---

67) Vgl. Huber, S. 82 f., mit weiteren Nachweisen.
68) So J., ZKW 1952, S. 320, Janberg, BA 1936/37, S. 514 f., derselbe, DFG 1939, S. 57, Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f. Aus dem gleichen Grunde wie diese Autoren hält offenbar Staudinger-Scherübl, § 1191, Rdnr. 8 a, die "Einrede der Nichtvalutierung" für nicht eintragungsfähig.
69) Siehe dazu oben, S. 30 ff. Die Unterlassung der Eintragung der Einrede und auch die völlige Trennung von Zweckerklärung und Eintragungsbewilligung, die von Erwig, S. 82 f., und Trost-Schütz, BFB, S. 509 f., vorgeschlagen wird, schließt also nicht die Gefahr einer "Verquickung von Grundschuld und Forderung"(Erwig) aus. Entstehen aus der Sicherungsvereinbarung Einreden, die dem "Wesen" der Grundschuld widersprechen, so muß die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die gesamte Sicherungsvereinbarung gesetzwidrig ist, eben weil derartige Einreden aus ihr hervorgehen; in dieser Frage und nicht in der nach der Eintragungsfähigkeit liegt das eigentliche Problem.

gültig, wann die Eintragung erfolgen soll, ob in Verbindung mit der Eintragung des betroffenen Grundpfandrechtes oder aber unabhängig davon zu einem späteren Zeitpunkt[70]. Durch § 1157 sind jedoch nur die Einreden, die dem Eigentümer gegen das Grundpfandrecht "zustehen", mit "Drittwirkung" ausgestattet, und auch nur sie sind eintragungsfähig. Die Einreden müssen also nicht nur "begründet", sondern bereits "entstanden" sein[71]. Dementsprechend entfalten auch die Einreden aus dem Sicherungsvertrag erst dann dingliche Wirkungen, wenn der Umstand eintritt, der den Eigentümer jeweils zu Geltendmachung einer Einrede berechtigt[72].

Die "Drittwirkung",die die Einreden aus dem Sicherungsvertrag ohne Rücksicht auf eine Eintragung vom Augenblick ihrer Entstehung an kraft des § 1157 entfalten, bedeutet: Der Eigentümer braucht nicht allein dem Gläubiger gegenüber die Verwertung des Grundstückes nur insoweit zu dulden, als die gesicherte Forderung besteht und nicht mit Einreden behaftet ist[73], die Einreden bleiben ihm vielmehr auch dann erhalten, wenn die Grundschuld veräußert, verpfändet oder gepfändet worden ist[74]; die Einreden beschränken nicht nur

---

70) Siehe dazu oben, S. 35. In diesem Sinne mit besonderem Nachdruck Huber, S. 140 f. Für die Eintragungsfähigkeit aller Einreden aus dem Sicherungsvertrag treten ferner ein Baur, SR, § 45, II.2., Güthe-Triebel, Bem. 40 vor § 13, Heck, SR,S.413, Westermann, SR, § 114, II.2. Daß die Einreden bereits bei Bestellung der Grundschuld eingetragen werden können, betonen besonders Güthe-Triebel und Heck, a.a.O. In der Praxis kommt jedoch die "anfängliche" Eintragung der Einrede kaum vor, vgl. Güthe-Triebel, a.a.O.

71) Vgl. Huber, S. 143 ff., Serick, II, S. 432 ff.(435 f.), und außerdem die Darstellung oben, S. 29 ff., m. w. Nw.

72) So außer Huber und Serick, a.a.O., im Ergebnis auch Dempewolf, Diss., S. 46, derselbe, Rückübertragungsanspruch, S. 57, sowie KG, JW 1932, S. 1759 f. Dempewolf und das KG behandeln jedoch die Einrede unrichtigerweise nur als "Reflex" des Rückübertragungsanspruches. Anderer Ansicht sind demgegenüber Planck-Strecker, § 1157, Anm. 2, und das RG in RGZ 91, S. 218 ff.(225).

73) Bei Westermann, SR, § 116, III.1., heißt es, die Forderung stecke die "Leistungsgrenzen" ab.

74) Ein Pfändungsgläubiger muß sich alle Einreden entgegenhalten lassen, die im Zeitpunkt der Pfändung "entstanden" waren. Er ist aber auch n u r diesen Einreden ausgesetzt. Es kann ihm nicht noch zusätzlich entgegengehalten werden, er habe die gesicherte Forderung nicht mitgepfändet, vgl. Huber, S. 147 f.; abweichend jedoch Kowalski, JW 1934, S. 1837 f., und im Ergebnis Stockmayer, S. 36 f.

den Gläubiger gegenüber dem Eigentümer in der Ausübung seines dinglichen Verwertungsrechtes auf den Sicherungszweck, die Bestimmung des § 1157 bewirkt vielmehr, daß auch Dritten gegenüber das Grundpfandrecht in der Hand des Gläubigers lediglich zur Sicherung der Forderung dient. Die gesetzlich mit dem Typus der Grundschuld gegebenen Befugnisse werden also durch die vertraglichen Einreden modifiziert und dem im Einzelfall von den Parteien verfolgten Sicherungszweck angeglichen. Im Ergebnis führt die "Verdinglichung" der Einreden durch § 1157 zu einer Anpassung der Grundschuld an den Sicherungszweck, zu einer ähnlichen Verknüpfung zwischen Grundpfandrecht und Forderung wie bei den Hypothekenformen. Man kann von einer "Quasi-Akzessorietät" der "Sicherungsgrundschuld" sprechen[75]. Da bereits die Vereinbarung eines Sicherungszweckes zur Folge hat, daß bei jeder Mißachtung dieses Zweckes eine Einrede entsteht, und da diese Einrede kraft des § 1157 automatisch, ohne Rücksicht auf eine Eintragung, dingliche Wirkungen entfaltet, führt notwendig jeder Sicherungsvertrag praktisch zu einer solchen dinglichen Verknüpfung der Grundschuld mit der zu sichernden Forderung[76].

Die "Quasi-Akzessorietät" der "Sicherungsgrundschuld" ist jedoch nur eine lockere. Nach § 891 wird zugunsten des Gläubigers vermutet, daß ihm die Grundschuld zusteht, während der Eintragung einer "Eigeneinrede" durch § 1157 keine "Ver-

75) So Weimar, S. 41; ähnlich Boehmer, AcP 123, S. 337. Von einer "Anpassung der Grundschuld an den Sicherungszweck" spricht Huber, S. 263. Kowalski, Grundschuld, S. 42, redet von einem tiefen Eingriff der persönlichen Rechtsbeziehungen in das dingliche Recht. Lehmann, S. 70, meint, die Grundschuld habe hypothekenrechtliche Bestandteile in sich aufgenommen. Schließlich ist bei Serick, II, S. 412, die Rede davon, daß bei der "Sicherungsgrundschuld" eine "gewisse dinglich wirkende Verbindung" von Sicherungsrecht und gesicherter Forderung besteht.

76) Stockmayer, S. 39 ff., stellt mit Recht fest, daß immer dann, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen soll, "notwendig" gewisse Beziehungen zwischen Grundschuld und Forderung geschaffen werden müssen. Stockmayer, a.a.O., sowie Serick, II, S. 411, und Westermann, SR, § 114, II.1.b), drücken sich jedoch unzutreffend aus, wenn sie erklären, die Auswirkungen des Sicherungsvertrages seien grundsätzlich "nur schuldrechtlicher Art". Dempewolf, Diss., S.45f, und derselbe, Rückübertragungsanspruch, S. 57, sieht überhaupt nicht, daß auch ohne Eintragung des Sicherungszweckes die Grundschuld durch jeden Sicherungsvertrag automatisch in dinglichen Zusammenhang mit persönlichen Forderungen gebracht wird.

mutungswirkung" verliehen ist. Bestreitet der Gläubiger, daß eine Einrede entstanden ist, so trifft demnach den Eigentümer in jedem Fall die Beweislast. Die "Quasi-Akzessorietät" der "Sicherungsgrundschuld" geht also keineswegs so weit wie die Akzessorietät bei den Formen der Sicherungshypothek, bei denen sich ja das Recht aus der Hypothek nur nach der Forderung bestimmt und insofern die "Vermutungswirkung" der Grundbucheintragung ausgeschaltet ist[77]. Ein Grund für die Bestellung einer "Sicherungsgrundschuld" ist gerade auch die für den Gläubiger ungünstige Beweislastverteilung bei der Sicherungshypothek, und es kann deshalb aus der Sicherungsvereinbarung nicht ohne weiteres ein Verzicht auf die Vermutung des § 891 entnommen werden[78]. Nach dem Willen der Parteien ist die Hingabe der Grundschuld vielmehr in der Regel eine Vorwegnahme der Erfüllung der gesicherten Forderung, es soll also gerade eine Vermutung dafür sprechen, daß die Grundschuld zu Recht empfangen wurde[79]. - Wie locker die "Quasi-Akzessorietät" der "Sicherungsgrundschuld" ist, zeigt sich vor allem aber darin, daß trotz des aus dem Sicherungsvertrag zu folgernden Verbotes eine gesonderte Abtretung von Grundpfandrecht und Forderung möglich bleibt, und daß sich der Erwerber der Grundschuld - auch wenn er zugleich die Forderung erworben hat - nur die Einreden entgegenhalten lassen muß, die im Zeitpunkt der Abtretung bestanden. Die "Quasi-Akzessorietät" besteht demnach überhaupt nur bis zu einer Abtretung der Grundschuld. Bis zu diesem Zeitpunkt ist das dingliche Recht auch Dritten gegenüber an den Sicherungszweck gebunden. Bei der Veräußerung wird es jedoch in dem Umfang "fixiert", den es im Zeitpunkt der Übertragung hat. In diesem Umfang geht es dann seine eigenen Wege, sofern der Erwerber nicht die Sicherungsvereinbarung übernimmt. Hier tritt zutage, daß nicht dem Sicherungsvertrag, sondern nur den

77) Zu der Beweislast für das Bestehen einer Einrede aus dem Sicherungsvertrag vgl. Huber, S. 129 ff., und Serick, II, S. 428 ff., mit weiteren Nachweisen.
78) Vgl. Ungewitter, S. 4 f.; anders jedoch das RG in RGZ 60, S. 247 ff.(249), für den Fall, daß die Höhe der zu sichernden Forderung bei der Grundschuldbestellung noch nicht feststand.
79) Vgl. Huber, S. 130 f. Auch Serick, II, S. 429, verweist darauf, daß der Parteiwille auf eine derartige Beweislastverteilung gerichtet ist.

aus ihm entstandenen Einreden durch den § 1157 unmittelbare dingliche Wirkungen verliehen sind. Die Sicherungsvereinbarung wirkt nur mittelbar auf die dingliche Rechtslage ein und bleibt selbst auf das Schuldrecht beschränkt[80]. Mit der Akzessorietät der Hypothekenformen ist demnach die "Quasi-Akzessorietät" der "Sicherungsgrundschuld" nur in beschränktem Maße zu vergleichen. Es kann lediglich von einem "Rückfallgebot""auf Zeit"gesprochen werden, da die Verwertungsbefugnis sich nur bis zu einer Abtretung jeweils automatisch dem Sicherungszweck anpaßt. Ein "Mitlaufgebot" besteht überhaupt nicht. Grundpfandrecht und Forderung können trotz der entgegenstehenden Sicherungsvereinbarung nach wie vor gesondert abgetreten werden.

Aufgrund des § 1157 ist die Struktur der Grundschuld allerdings so aufgelockert, daß sich das dingliche Recht dem persönlichen Rechtsverhältnis anpaßt, in dessen Rahmen es jeweils bestellt ist. Die Grundschuld ist ebenso wie die Hypothekenformen nur in abgeschwächtem Maße "abstrakt" und kann auch schon von ihrer Bestellung an "einredebehaftet" sein[81]. Fremd ist der Struktur der Grundschuld jedoch eine "Angelehntheit" des Grundpfandrechtes an eine zu sichernde Forderung in der Weise, daß die Verwertungsbefugnis jeweils nur soweit reicht, wie die Forderung besteht. Daß die Einreden aus dem Sicherungsvertrag kraft des § 1157 dinglich wirken, führt jedoch im Ergebnis - wenn auch nur auf Zeit - gerade zu

---

80) Die schuldrechtliche Natur des Sicherungsvertrages zeigt sich darin, daß er auch gegen einen bösgläubigen Zessionar der Grundschuld nicht wirkt, nicht aber darin, daß er gegen den gutgläubigen Erwerber nicht wirkt, wie Westermann, SR, § 116, III.2.b), meint. Es ist gerade die Besonderheit des gutgläubigen Erwerbes, daß eine Rechtsposition trotz ihrer dinglichen Natur ihrer Wirkungen gegenüber einem Dritten - nämlich dem gutgläubigen Erwerber - beraubt wird.

81) Unrichtig J., ZKW 1952, S. 320, und Rheinstein, JW 1932, S. 1759, die behaupten, das Gesetz kenne nur den "Typ einer grundsätzlich nicht einredebehafteten Grundschuld". Auch Huber, S. 29 und 131, übersieht, daß die "Abstraktheit" der Grundschuld kraft des § 1157 eingeschränkt ist, und daß die Hypothek - auch in der Form der Sicherungshypothek - in gleichem Maße "abstrakt" ist. Der Unterschied zwischen Grundschuld und Hypothek besteht nicht darin, daß die eine abstrakt ist und die andere nicht, sondern er liegt in der Akzessorietät, die der gesetzlichen Struktur der Grundschuld fehlt; vgl. Serick, II, S. 411, Anm. 6), mit weiteren Nachweisen.

einer solchen "Angelehntheit" an eine zu sichernde Forderung. Indem der Sicherungsvertrag Einreden entstehen läßt,verändert er also das "Wesen" der Grundschuld[82], macht er aus dem seinem Typus nach nicht akzessorischen Grundpfandrecht ein "quasi-akzessorisches"[83]. - Durch diese Strukturänderung wird das Grundpfandrecht einer Sicherungsfunktion angepaßt. Je nach der Absicht der Parteien wird es dem Zweck dienstbar gemacht, ein langfristiges Darlehn, Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung oder aber Ansprüche aus Wertpapieren zu sichern. Da die Grundschuld von Gesetzes wegen nicht auf eine Sicherungsfunktion zugeschnitten ist, erfährt sie also durch die Einreden aus dem Sicherungsvertrag auch in dieser Hinsicht eine "Wesensänderung"[84]. - Weil durch § 1157 jedoch der "Einredestatus" des Eigentümers nur insoweit geschützt wird, als die Interessen des Rechtsverkehrs das zulassen, hält sich auch die "Wesensänderung" der Grundschuld in entsprechenden Grenzen. Das Grundpfandrecht behält die Merkmale, die es zu einer Rechtsform zur Kapitalbeschaffung und Kapitalanlage machen[85]. Die "Wesensänderung" beeinträchtigt also nicht die "Investierungsfunktion", die die Grundschuld ihrem Typus nach zu erfüllen vermag.

---

82) Die Frage, ob auf dem Umwege des § 1157 die Grundschuld in ihrem "Wesen" verändert werden kann, ist also nicht mit der Feststellung abgetan, schuldrechtliche Absprachen dürften nach § 1157 überhaupt nicht ins Grundbuch eingetragen werden, das Widerspruchsrecht des Eigentümers als solches könne aber dem "Wesen" der Grundschuld nicht zuwiderlaufen. Auf solche Weise wird die Frage jedoch abgetan von Huber, S. 140 f.
83) Bei der Anpassung der Grundschuld an einen Sicherungszweck auf dem Wege des § 1157 geht es also nicht um die Beseitigung der "abstrakten Natur" der Grundschuld, sondern um die Umwandlung des nicht-akzessorischen Rechtes in ein "quasi-akzessorisches". Daß die Grundschuld bei Eintragung der "Einrede des Sicherungszweckes" ihrer "abstrakten Natur" entkleidet würde, meint jedoch Janberg, BA 1936/37, S. 514 f. Außerdem war auch das RG der Ansicht, bei der Festlegung der Grundschuld auf einen Sicherungszweck gehe es um die Einschränkung der "Abstraktheit", vgl.z.B. RG, HRR 1930, Nr.221.
84) Im Hinblick darauf sprechen Lindemann, JW 1931, S. 2613, sowie Janberg, BA 1936/37, S. 515, und Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f., davon, daß eine Rechtseinrichtung für Zwecke verwendet werde, für die sie nicht geschaffen sei.
85) Zu diesen Merkmalen siehe oben, S. 79 ff.(82 ff.).

Insgesamt betrachtet wirkt die Sicherungsvereinbarung durch die Einreden als "Medien" auf die Grundschuld in der Weise ein, daß eine Grundpfandrechtsform entsteht, die interessenmäßig die Mitte hält zwischen den gesetzlichen Typen der Grundschuld und der Hypothekenformen:

Die "Quasi-Akzessorietät" geht nicht so weit, daß sie zu ähnlichen Schwerfälligkeiten führte wie die Akzessorietät bei den Hypothekenformen - insbesondere bei der Höchstbetragshypothek. Die "Sicherungsgrundschuld" legt deshalb einer "Bodenverschuldung" im Gegensatz zu den Hypothekenformen auch keine Hindernisse in den Weg. - Auswirkungen zeigt die "Quasi-Akzessorietät" in einem anderen Punkt: Während die Grundschuld ihrer gesetzlichen Ausgestaltung nach dem Schutzbedürfnis des Eigentümers nur unzureichend gerecht wird[86], hat bei der "Sicherungsgrundschuld" der Eigentümer in Gestalt der Einreden aus dem Sicherungsvertrag Verteidigungsmittel in der Hand, mit deren Hilfe er in der Regel eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme abwehren kann. Zwischen der Verkehrshypothek und der "Sicherungsgrundschuld" besteht infolgedessen für den Eigentümer praktisch hinsichtlich der Geltendmachung und des gutgläubigen Erwerbes kein Unterschied[87]. Jedoch ist dadurch der besondere Schutz, den die Höchstbetragshypothek dem Eigentümer zu bieten vermag, nicht gewährleistet. Wird die Grundschuld zur Sicherung von Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung bestellt, so paßt sich das Grundpfandrecht zwar auch dem jeweiligen Stand der Forderung an; zum einen trägt aber der Eigentümer die Beweislast für die Einrede, und zum anderen kann er diese Rechtsposition infolge eines gutgläubigen Erwerbes jederzeit verlieren, zumal er wegen der laufenden Veränderungen des Kontostandes und der daraus folgenden Einreden keine Sicherung durch Eintragung zu erwirken vermag[88].

---

86) Siehe dazu oben, S. 79 ff.(83 f.).

87) Insofern ist Heck, SR, S. 411, zuzustimmen, der davon spricht, daß die "Interessenwirkung" der "Sicherungsgrundschuld" fast völlig dieselbe sei wie die der Verkehrshypothek.

88) Zur Rechtslage bei der Höchstbetragshypothek siehe oben, S. 88 ff.(91 f.). Der Umstand, daß der Eigentümer nur mangelhaft geschützt ist, wenn statt der Höchstbetragshypothek eine Grundschuld bestellt wird, hat Stockmayer, S. 90, zu der Äußerung veranlaßt: Voraussetzung für eine allgemeine Empfehlung der Verwendung der Grundschuld bei kurzfristigen Kredit-

Auch dann, wenn die "Sicherungsgrundschuld" die Funktionen einer Wertpapierhypothek erfüllen soll, bietet sie schließlich dem Eigentümer keinen so großen Schutz wie jene Hypothekenform. Allerdings kann hier durch Eintragung der Einrede aus Art. 39 WG oder § 797 die Rechtsposition des Eigentümers im Ergebnis ebenso abgesichert werden wie bei der Wertpapierhypothek[89]; kommt es jedoch zu keiner Eintragung, so besteht bei der "Sicherungsgrundschuld" die Gefahr einer "Verdoppelung der Leistungspflicht", die bei der Wertpapierhypothek durch das "Mitlaufgebot" ausgeschaltet ist[90]. Gleichgültig, ob die "Sicherungsgrundschuld" die Funktion einer Verkehrs-, Höchstbetrags- oder Wertpapierhypothek versehen soll, in jedem Fall weist sie gegenüber den Hypothekenformen für den Eigentümer einen großen Nachteil auf: Sobald sie abgetreten wird, wird sie in dem derzeitigen Umfang "fixiert", verliert sie ihren Charakter als Sicherungsrecht, paßt sie sich zukünftigen Veränderungen der Forderung nicht mehr an, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie mit oder ohne Forderung übertragen wird. Der Gläubiger hat die Macht, die "Quasi-Akzessorietät" der Grundschuld zu beseitigen. Dieser Macht bedarf er jedoch zur Sicherung seiner Forderung nicht, sodaß ihm insofern eine den Sicherungszweck übersteigende Rechtsmacht zusteht. Man kann die "Sicherungsgrundschuld" infolgedessen als ein "fiduziarisches" Recht bezeichnen[91]. - Während jedoch der Eigentümer in Gestalt der Einreden aus dem Sicherungs-

---

geschäften sei, daß der Kreditgeber so vertrauenswürdig und in jedem Falle zahlungsfähig sei, daß der Kreditnehmer ihm unbesorgt die mit der Grundschuld verbundene starke Rechtsstellung einräumen könne.

89) Vgl. Huber, S. 122.

90) Zur Rechtslage bei der Wertpapierhypothek siehe oben, S. 92 ff.(93 f.).

91) Diese Bezeichnung ist allgemein gebräuchlich, vgl. die Nachweise bei Huber, S. 254, und Serick, II, S. 411, Anm. 8. Demgegenüber wird die "fiduziarische" Natur der "Sicherungsgrundschuld" von Huber, S. 256 ff.(259), geleugnet. Er übersieht jedoch den "Machtüberschuß", der darin liegt, daß der Gläubiger die "Quasi-Akzessorietät" der Grundschuld beenden kann. Seine Meinung ist neuerdings auch mit eingehender Begründung zurückgewiesen worden von Serick, II, S. 413 (Serick weist auf S. 436 auch darauf hin, daß die überschießende Rechtsmacht des Sicherungsnehmers darin besteht, daß er durch die Veräußerung der Grundschuld die Bindung an den Sicherungszweck für die Zukunft aufheben kann). Daß im Falle der Veräußerung der Sicherungscharakter verloren geht, ist nichts ungewöhnliches, vielmehr ist das bei allen "fiduziarischen" Rechten so, vgl. Scholz, S. 14 f.

vertrag wenigstens bis zur Abtretung Verteidigungsmittel in die Hand bekommt, die ihm dann auch noch nach der Zession erhalten bleiben, sind die nachrangigen oder ungesicherten Gläubiger schutzlos: Ihnen wächst nicht wie bei den Hypothekenformen mit der Tilgung der gesicherten Forderung automatisch ein Zugriffsobjekt zu; es bleibt ihnen nur übrig, den Rückübertragungsanspruch aus dem Sicherungsvertrag zu pfänden oder sich im voraus abtreten zu lassen[92]. - Insgesamt bietet die Umwandlung der Grundschuld in eine "Sicherungsgrundschuld" dem Gläubiger die Möglichkeit, zu Lasten der übrigen Beteiligten und Interessenten die "Nachteile" der Hypothekenformen weitgehend "abzuschütteln", ohne auf die "Vorteile" einer Sicherung durch Grundpfandrechte verzichten zu müssen.

Die Hypothekenformen können jedoch den Sinn und Zweck haben, das privatautonome Handeln in eine bestimmte Bahn zu lenken, und ihre "Nachteile" können Ausdruck einer gesetzlichen Wertentscheidung darüber sein, welche Bahn die einzig "richtige" ist. Indem die Parteien zur Ordnung ihrer Beziehungen die Grundschuld heranziehen, können sie demnach den den Sinn und Zweck des vom Gesetz an sich für ihren Fall vorgesehenen Rechtsinstitutes vereiteln, und daß sie dessen "Nachteile" abschütteln, kann bedeuten, daß die von ihnen geschaffene Ordnung im Widerspruch zu gesetzlichen Wertungen steht. Es kann sich also um den Fall einer Gesetzesumgehung handeln[93]. Bei einer solchen Sachlage genügt es nicht, nach den Wertungen zu fragen, die in den gesetzlichen Strukturprinzipien des umgestalteten Grundpfandrechtsinstitutes ihren Niederschlag gefunden haben. Die Zulässigkeit der Umgestaltung wird vielmehr davon abhängen, ob in der Struktur der ausgeschalteten Institute Wertungen verankert sind, über die sich die Parteien nicht hinwegsetzen dürfen[94]. Aus diesem Grunde ist es notwendig, im Folgenden die drei Arten der "Sicherungsgrundschuld" gesondert zu untersuchen und dabei an diejenigen

---

92) Vgl. dazu Knöchlein, Bl. f. Grundstücksrecht 1958, S. 305 ff.
93) Das ist bisher nur sehr selten für die "Sicherungsgrundschuld" in Erwägung gezogen worden, vgl. Brebeck, S. 27, Kindler, S. 33, Quentin, S. 6 ff., und Schieb, S. 44 ff.
94) Der Gedanke, daß Strukturprinzipien eines Grundpfandrechtsinstitutes Objekte eines Umgehungsgeschäftes sein könnten, wird angedeutet bei Lehmann, S. 39.

Institute anzuknüpfen, deren Vermeidung jeweils das Ziel der "atypischen" Gestaltung ist. Es sollen zunächst die Gestaltungen überprüft werden, durch die das Institut der Verkehrshypothek ausgeschaltet wird, sodann die Fälle, in denen die Höchstbetragshypothek "umgangen" wird und schließlich diejenigen, für die nach dem Gesetz "an sich" die Wertpapierhypothek vorgesehen ist.

aa) Umgehung der Verkehrshypothek ?

Die Verkehrshypothek ist im Gesetz ausgebildet als ein Rechtsinstitut zur Ordnung von Lebensverhältnissen, in denen das Grundvermögen als Basis für eine langfristige Kreditaufnahme ausgenutzt werden soll. Diese Lebensverhältnisse erfaßt sie allerdings nicht alle. Sie ist vielmehr spezialisiert auf solche Fälle, in denen es den Parteien nicht nur allgemein um Kapitalbeschaffung - beziehungsweise um Kapitalanlage - geht, sondern speziell darum, eine aus einem langfristigen schuldrechtlichen Kreditverhältnis entstandene Geldforderung zu sichern[95]. Ist es erlaubt, daß die Parteien bei der Regelung derartiger Lebensverhältnisse von der "Legalordnung" der Verkehrshypothek abweichen, indem sie zur Ordnung ihrer Beziehungen die Grundschuld benutzen und diese dabei zu einer "quasi-akzessorischen""Sicherungsgrundschuld" umgestalten ? Handelt es sich nicht um eine Gestaltung, die im Widerspruch zu gesetzlichen Wertungen steht ? Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob in den vermiedenen Strukturprinzipien der Verkehrshypothek Wertungen zum Ausdruck kommen, ob sie den Zweck haben, das privatautonome Handeln in eine bestimmte, vom Gesetz allein als "richtig" angesehene Bahn zu lenken.

Die Struktur der Verkehrshypothek ist besonders sorgfältig ausgefeilt, und sie trägt sehr ausgewogen den unterschiedlichen, sich bei einer Grundpfandrechtsbestellung überschneidenden Interessen Rechnung. Sie befähigt dieses Rechtsinstitut, in einer alle Beteiligten befriedigenden Weise gleichzeitig eine "Sicherungs-", "Grundvermögensschutz-" und

95) Siehe dazu oben, S. 85 ff.(87).

"Investierungsfunktion" zu erfüllen[96]. Angesichts der Tendenz des Gesetzes, die Zahl der Sachenrechtsinstitute zu begrenzen und ihren Inhalt zu fixieren, könnte man annehmen, daß nach dem Gesetz die Regelung der Verkehrshypothek die einzig "richtige" Ordnung für die von diesem Institut erfaßten Lebensverhältnisse ist[97]. Durchdenkt man die Struktur der Verkehrshypothek in ihren Einzelheiten, so wird jedoch fraglich, ob darin tatsächlich eine derartige Wertung oder ein entsprechender Ordnungsgrundsatz zum Ausdruck gelangt ist. In dem Bestreben, die Verkehrshypothek zu einem Institut zu machen, das auch und vor allem eine "Investierungsfunktion" erfüllen kann, hat der Gesetzgeber nämlich das für sie kennzeichnende besondere Strukturprinzip - das "Anlehnungsprinzip" - in gewisser Weise "formalisiert": Kraft des § 1138 genießt das Grundpfandrecht im Ergebnis einen von der gesicherten Forderung unabhängigen Rechtsschutz, wird es für die Fälle einer Übertragung verselbständigt. Praktisch ist also das "Anlehnungsprinzip" nicht bis zur letzten Konsequenz durchgeführt, sondern mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs abgeschwächt[98]. Dadurch wird die Fähigkeit der Verkehrshypothek beeinträchtigt, das Grundvermögen gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme zu schützen. Dieser Umstand legt den Schluß nahe: Soll das Grundvermögen als Basis für eine langfristige Kreditaufnahme benutzt und speziell eine Forderung aus einem langfristigen schuldrechtlichen Kreditverhältnis grundpfandrechtlich gesichert werden, so ist für die "Richtigkeit" der Ordnung, die die Parteien ihren Beziehungen geben, anscheinend nicht so wesentlich, daß diese Ordnung auch eine "Grundvermögensschutzfunktion" erfüllt.

---

96) Siehe dazu oben, S. 85 ff.(87 f.).
97) Wenigstens im Ergebnis scheinen aus dem Gesetz eine derartige Wertung zu entnehmen Brebeck, S. 38, der meint, wenn auch die persönliche Forderung durch Abtretung verwertet werden solle, so sei die Bestellung einer Hypothek und nicht einer Grundschuld "geboten", sowie Lehmann, S. 39, der ausführt, das "Mitlaufgebot" sei keine bloße Konstruktion, sondern ein klar und eindeutig ausgesprochener gesetzgeberischer Wille, Umgehungsgeschäfte seien nichtig.
98) Vgl. dazu Baur, SR, § 36, III.3., Westermann, SR, § 116, III.3.b), und Huber, S. 25; siehe außerdem auch oben, S. 85 ff.(86).

Ob die Verkehrshypothek tatsächlich nicht zu dem Zweck ausgebildet worden ist, das privatautonome Handeln in dieser Hinsicht in eine bestimmte Bahn zu lenken, muß sich zeigen, wenn man untersucht, welche Bedeutung diesem Rechtsinstitut innerhalb der Sachenrechtsordnung zukommt.

Dabei fällt sofort auf, daß die Verkehrshypothek nicht das einzige Rechtsinstitut ist, das seiner gesetzlichen Ausgestaltung nach auf Lebensverhältnisse zugeschnitten ist, in denen das Grundvermögen als Grundlage für eine langfristige Kreditaufnahme ausgenutzt werden soll. Das Gesetz stellt vielmehr zur Ordnung derartiger Lebensverhältnisse als weiteres Institut noch die Grundschuld zur Verfügung[99]. Allerdings ist - jedenfalls auf den ersten Blick - nicht ganz klar, ob die Grundschuld auch speziell für diejenigen Lebensverhältnisse als "Organisationsform" vorgesehen ist, die schon von der Verkehrshypothek erfaßt werden. Beiden Instituten könnten "Spezialaufgaben" zugedacht sein: Während die Verkehrshypothek für diejenigen Fälle einer langfristigen Kreditaufnahme berechnet ist, in denen das dingliche neben einem langfristigen schuldrechtlichen Kreditverhältnis stehen soll, könnte die Grundschuld nur für Sachlagen geschaffen sein, in denen allein ein "dingliches Kreditverhältnis" angestrebt wird.

In der Literatur sind tatsächlich einzelne Stellungnahmen zugunsten einer "Aufgabenteilung" zwischen Verkehrshypothek und Grundschuld zu finden. So ist zum Beispiel die Rede von der "eigentlichen Zweckbestimmung" der Grundschuld, "zur Begründung einer reinen Sachhaftung ohne persönliche Haftung eines Schuldners zu dienen"[100], oder es heißt, der Gesetzgeber habe die "Grundschuld zu anderen Zwecken und für andere wirtschaftliche Bedürfnisse eingeführt als für die Kreditsicherung, der die verschiedenen Formen der Hypothek dienen sollten"[101], oder es wird schließlich ganz allgemein gesagt, bei der Benutzung der Grundschuld zur Sicherung von Kreditforderungen wolle man "eine Rechtseinrichtung für

99) Zu dem Zuschnitt der Grundschuld auf derartige Lebensverhältnisse siehe oben, S. 79 ff.(82 ff.).
100) So Münstermann, S. 53.
101) So Küchler, S. 7.

Zwecke verwenden, für die sie nicht geschaffen" sei[102]. Bei konsequenter Durchführung müßte auch die herrschende Meinung dahin gehen, daß allein eine "Arbeitsteilung" zwischen Verkehrshypothek und Grundschuld dem Gesetz entspricht. Es wird nämlich allgemein die Ansicht vertreten, das Gesetz mißbillige es, die Grundschuld in eine "dinglich wirkende Abhängigkeit" von einer zu sichernden Forderung zu bringen[103]. Gleichzeitig werden allerdings Vereinbarungen, die kraft § 1157 zu einer dinglichen Verknüpfung der Grundschuld mit einer Forderung führen, als zulässig betrachtet[104]. Angesichts der fast vollständigen Identität der Interessenlage bei einem unmittelbaren Eingriff in den Inhalt eines Grundpfandrechtsinstitutes und bei der Vereinbarung einer "Eigeneinrede" kann jedoch zwischen beiden Gestaltungsmöglichkeiten kein Unterschied gemacht werden[105]. Da die Grundschuld durch jede Sicherungsvereinbarung kraft § 1157 automatisch dinglich mit der zu sichernden Forderung verknüpft wird[106], müßte demnach

---

102) So Lindemann, JW 1931, S. 2613.
103) Vgl.z.B. Baur, SR, § 45, II.3.b), der von einem "Befehl des Gesetzes" spricht, ferner Brebeck, S. 38,Dempewolf,Diss., S. 45 f., Dempewolf, Rückübertragungsanspruch, S. 57, Erwig, S. 82, J., ZKW 1952, S. 320, Münstermann, S. 36 f., Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f., Ripfel, BWNotZ 1961, S. 193 ff. (194), Scholz, S. 282, Serick, II, S. 425 f., Westermann, SR, § 114, II.2., Zimmermann, S. 10 f., sowie aus der Rechtsprechung KG, JW 1932, S. 1759 f., und OLG Celle, DNotZ 1954, S. 473 f. Anderer Ansicht sind aber Riedel, DNotZ 1954, S. 458, nach dessen Meinung die Grundschuld "ihrer streng abstrakten Natur entkleidet und einer Hypothek angenähert werden" kann, Trost-Schütz, BFB, S. 509, die "eine Einschränkung der Abstraktheit der Grundschuld durch eine Vereinbarung, daß sie nur in Höhe der Forderung des Gläubigers geltend gemacht werden darf", für zulässig halten, und schließlich Süß, JW 1934, S. 3124 ff., der für eine Auflockerung der "Abstraktheit" der Grundschuld plädiert.
104) Vgl. z. B. Baur, SR, § 45, II.2., und Westermann, § 114, II.2. Bedenken haben dagegen allerdings Dempewolf, Diss., S. 45, derselbe, Rückübertragungsanspruch, S. 57, J., ZKW 1952, S. 320, Münstermann, S. 37, und Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f. Sie glauben jedoch, eine dingliche Verknüpfung zwischen Grundschuld und Forderung dadurch vermeiden zu können, daß sie die Eintragungsfähigkeit der von ihnen als bedenklich empfundenen "Einreden" ausschließen, halten also die Vereinbarungen selbst, aus denen diese "Einreden" hervorgehen, im Ergebnis ebenfalls für zulässig.
105) Siehe oben, S. 39 ff.
106) Siehe oben, S. 124 ff., 131 ff.

jede Bestellung einer Grundschuld zu Sicherungszwecken ausgeschlossen werden, wenn das Gesetz es tatsächlich mißbilligte, die Grundschuld in eine "dinglich wirkende Abhängigkeit" von einer zu sichernden Forderung zu bringen.

Zur Begründung der Ansicht, das Gesetz mißbillige eine "dinglich wirkende Abhängigkeit" der Grundschuld von einer Forderung, beruft man sich in der Regel auf die sogenannte "abstrakte Natur" dieses Rechtsinstitutes, oder - richtiger - auf seine Nicht-Akzessorietät[107]. Dabei geht man offensichtlich von der Vorstellung aus, daß im Sachenrecht "Typenzwang" herrscht. Vereinzelt wird die Unantastbarkeit der "abstrakten Natur" der Grundschuld auch ausdrücklich darauf zurückgeführt, daß "die Vorschriften des Sachenrechts zum größten Teil als zwingendes Recht der Parteivereinbarung entzogen sind"[108], oder es wird eine "dinglich wirkende Abhängigkeit" der Grundschuld von einer Forderung direkt mit dem Hinweis auf den sogenannten "Typenzwang" für unzulässig erklärt[109]. Entgegen der allgemein herrschenden Ansicht gilt jedoch im Sachenrecht nicht der Grundsatz, daß alles verboten ist, was das Gesetz nicht ausnahmsweise erlaubt. Die Rechtsgenossen sind hier vielmehr ebenso wie im Schuldrecht an die Wertungen und Ordnungsgrundsätze gebunden, die in den grundlegenden Strukturprinzipien der einzelnen Rechtsinstitute und außerdem in der gesetzlichen Typenordnung in ihrer Gesamtheit ihren Niederschlag gefunden haben, und diese Schranken der Privatautonomie müssen auch hier erst für jeden Einzelfall konkretisiert werden[110]. Es genügt demnach nicht, eine "dingliche Verknüpfung" zwischen Grundschuld und Forderung allein mit dem Hinweis auf den "Typenzwang" abzulehnen, oder sie unter Berufung auf die "abstrakte Natur" - richtiger die Nicht-

---

107) Vgl. z. B. Dempewolf, Diss., S. 46, derselbe, Rückübertragungsanspruch, S. 58, J., ZKW 1952, S. 320, Münstermann, S. 36, Scholz, S. 282, Serick, II, S. 425 f., Zimmermann, S. 10, sowie OLG Celle, DNotZ 1954, S. 473 f. Dazu, daß die die Struktur der Grundschuld kennzeichnende Besonderheit richtiger Ansicht nach nicht ihre "abstrakte Natur", sondern vielmehr ihre "Nicht-Akzessorietät" ist, siehe oben, S. 135.

108) So Münstermann, S. 36.

109) Vgl. z. B. Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f., Serick, II, S. 426, und Westermann, SR, § 114, II.2.

110) Siehe oben, S. 57 ff.(67).

Akzessorietät - der Grundschuld für unzulässig zu erklären und dabei die Unantastbarkeit der Nicht-Akzessorietät lediglich aus dem "Typenzwang" abzuleiten. Maßgebend ist allein, welchen Sinn und Zweck die Nicht-Akzessorietät der Grundschuld hat. Ist sie der Ausdruck einer Wertentscheidung ? Muß sie so gedeutet werden, daß das Grundschuldinstitut ausschließlich für diejenigen Lebensverhältnisse als "richtiges" Ordnungsinstrument in Frage kommt, in denen von den Parteien allein ein "dingliches Kreditverhältnis" angestrebt wird ? Darüber läßt sich am ehesten Klarheit gewinnen, wenn man die Auswirkungen der Nicht-Akzessorietät im Rahmen der Gesamtregelung des Grundschuldinstitutes untersucht. Nach dem Gesetz bedeutet "Nicht-Akzessorietät", daß "die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt"(§ 1192 Abs.I). Das dingliche Verwertungsrecht ist also hinsichtlich seiner Entstehung und seines Unterganges, seiner Übertragung und seiner Ausübung unabhängig von der Existenz und den Besonderheiten einer etwa zu sichernden Forderung. Das erleichtert zunächst dem Grundschuldgläubiger sehr, sein Grundpfandrecht zu übertragen. Da es aber in der Praxis sehr selten ist, daß ein Grundschuldgläubiger sein Grundpfandrecht veräußert, hat diese besondere Verkehrsfähigkeit keine so große Bedeutung. Wichtiger ist,daß zwischen den an dem "dinglichen Kreditverhältnis" beteiligten Parteien unkomplizierte und eindeutige Verhältnisse geschaffen werden. Dieser Umstand bewirkt, daß die Anforderungen, die ein Kreditgeber an die Klarheit, Berechenbarkeit und leichte Handhabung einer Sicherheit stellt, durch die Grundschuld in besonders hervorragender Weise erfüllt werden[111]. Die Nicht-Akzessorietät kann jedoch eine solche "Vereinfachungsfunktion" nicht erfüllen, wenn von den Parteien lediglich ein "dingliches Kreditverhältnis" angestrebt wird. Sie wirkt sich vielmehr erst in den Fällen voll aus, in denen neben dem ding-

111) Vgl. dazu und zu der geringen Bedeutung der Verkehrsfähigkeit der Grundschuld Huber, S. 60 ff.(61). In der Entstehungszeit des BGB hat man allerdings der Verkehrsfähigkeit der Grundschuld besondere Bedeutung zugemessen, vgl. z. B. Puntschart, S. 8, 27, 110f., und die Motive zum Entwurf des BGB, Mugdan III, S. 436, 439. Die Verfasser des BGB haben aber doch auch bereits gesehen, daß sich durch die Nicht-Akzessorietät "das Verhältnis ungemein vereinfacht" und daß auch gerade darin ein besonderer Wert der Grundschuld für die Praxis liegt, vgl. Mugdan III, S. 338 ff.(339).

lichen auch ein langfristiges schuldrechtliches Kreditverhältnis stehen soll: Erst hier besteht ein Bedürfnis, die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten eindeutig und unkompliziert zu gestalten. Wenn aber die Nicht-Akzessorietät ihre Wirkungen übernaupt erst bei der Ordnung derartiger Lebensverhältnisse voll entfaltet, so kann sie nicht den Sinn und Zweck haben, das Grundschuldinstitut gerade von der Verwendung in diesen Fällen auszuschließen.

Damit entfällt das einzige Argument dafür, daß vom Gesetz eine "Arbeitsteilung" zwischen Verkehrshypothek und Grundschuld gewollt sei. Die Grundschuld ist also von Gesetzes wegen eine Organisationsform für sämtliche Lebensverhältnisse, in denen das Grundvermögen als eine Basis für eine langfristige Kreditaufnahme herangezogen werden soll. Sie ist vom Gesetz als Ordnungsinstrument auch für diejenigen Lebensverhältnisse vorgesehen, die bereits von der Verkehrshypothek erfaßt werden. Ebenso wie die Verkehrshypothek soll auch sie unter anderem zur Sicherung langfristiger Kreditforderungen dienen[112]. Diese "Zweckgleichheit" beider Institute kommt im Gesetz mittelbar auch dadurch zum Ausdruck, daß gemäß § 1192 auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung finden, "soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt"[113]. Anders als die Verkehrshypothek ist jedoch die Grundschuld nicht ausschließlich auf einen Sicherungszweck festgelegt. Sie ist in dieser Hinsicht vielmehr "zweckoffen". Der Lebensbereich, in dem sie als Ordnungsinstrument verwendet werden kann, ist infolgedessen größer als bei der Verkehrshypothek. Ihre Eigenschaften als dingliches Verwertungsrecht und ihre Fähigkeit, sich automatisch mit dinglicher

---

112) Insoweit wird mit Recht ganz überwiegend die Meinung vertreten, das Gesetz schließe nicht aus, Grundschulden zur Sicherung von Forderungen zu verwenden, vgl. z. B. die ausdrücklichen Stellungnahmen bei Endemann, SR, S. 885, Erwig, S. 82, Küchler, S. 23, Puntschart, S. 19, 25 f., Stockmayer, S. 9, 15, Werneburg, Grundstückswarte 1932, S. 327, sowie in der Entscheidung des BGH in DNotZ 1963, S. 436 ff. Den Verfassern des Gesetzes lag es auch vollkommen fern, eine "Arbeitsteilung" zwischen Verkehrshypothek und Grundschuld anzuordnen, vgl. z. B. Mugdan III, S. 338 ff.(339, 341), 435, 982.

113) Vgl. dazu Baur, SR, § 36, II.1.

Wirkung einem Sicherungszweck anzupassen, bewirken aber, daß sie mindestens im selben Maße wie die Verkehrshypothek geeignet ist, zur Sicherung langfristiger Kreditforderungen zu dienen, und daß in der Praxis heute fast nur noch sie zu diesem Zweck verwendet wird[114].

Angesichts des Strebens nach Klarheit und Übersichtlichkeit, von dem die Sachenrechtsordnung des BGB beherrscht ist, drängt sich die Frage auf, warum das Grundpfandrechtssystem nicht einfacher ausgestaltet worden ist, warum der Gesetzgeber die Einbuße an Klarheit und Übersichtlichkeit in Kauf genommen hat, die das Nebeneinander von teilweise "zweckgleichen" Rechtsinstituten zwangsläufig mit sich bringt. Welchen Sinn hat dieser "Dualismus" ? Es stehen mit den beiden konkurrierenden Instituten zwei Rechtsformen für die "Kapitalinvestierung in Bodenwerte" zur Verfügung, die praktisch jeweils die entgegengesetzten "Vor-" und "Nachteile" aufweisen. Die Grundschuld erleichtert einerseits dem Grundeigentümer in besonderem Maße, sein Grundvermögen zur Investitionsmittelbeschaffung in Kapital umzusetzen, und bietet dem Kapitalgeber eine seinen Interessen besonders weit entgegenkommende Anlagemöglichkeit; andererseits läßt sie aber die Interessen des Grundeigentümers teilweise und die der nachrangigen oder ungesicherten Gläubiger völlig ohne Schutz. Demgegenüber trägt die Verkehrshypothek den Interessen aller Beteiligten in besonders ausgewogener Weise Rechnung, legt aber dem "Umsatz" des Grundvermögens in Kapital Hemmnisse in den Weg[115]. Vereinfachend gesagt steht ein "solides", aber für

---

114) Seggelke, S. 51, spricht von einer der Grundschuld "von Natur aus innewohnenden Sicherungstendenz". - Die Verfasser des BGB gingen auch davon aus, "daß die Grundschuld in mindestens gleichem Maße wie die Hypothek geeignet ist, dem Realkredite als Rechtsform zu dienen", vgl. Mugdan III, S. 338 ff.(339). - Dazu, daß die Grundschuld in der Praxis von Anfang an fast ausschließlich zur Sicherung von Kreditforderungen verwendet worden ist und daß sie heute erst recht ganz überwiegend zu diesem Zwecke benutzt wird, sei nur hingewiesen auf die Ausführungen bei Segall, Arch. bürg. R. 32, S. 410 ff.(423), und Huber, S. 17 ff. - Die Verkehrshypothek ist allerdings noch nicht völlig verdrängt worden; jedoch geht die Entwicklung dahin, sie immer mehr durch die Grundschuld zu ersetzen, vgl. die statistischen Angaben bei Seckelmann, S. 53 ff.(58), 155 ff.

115) Siehe dazu hinsichtlich der Grundschuld oben, S. 79 ff. (82 ff.), hinsichtlich der Verkehrshypothek oben, S. 85 ff. (87 f.).

den Kapitalmarkt etwas "unhandliches" neben einem "handlichen" aber für einige Beteiligte "gefährlichen" Ordnungsinstrument. Der Gesetzgeber hat anscheinend nicht entscheiden können und wollen, welche Ordnung für den langfristigen Grundkredit den Vorzug verdient. Durch das Nebeneinander zweier, in der beschriebenen Weise gegensätzlicher Institute soll die Entscheidung demnach offenbar dem Rechtsverkehr überlassen werden[116].

Hat der Gesetzgeber die Grundschuld auch als Ordnungsinstrument für diejenigen Lebensverhältnisse vorgesehen, die bereits von der Verkehrshypothek erfaßt werden und für die kennzeichnend ist, daß die Parteien die grundpfandrechtliche Sicherung einer langfristigen Kreditforderung anstreben, so kann - jedenfalls insoweit - nicht behauptet werden, dem Gesetz sei eine "Sicherungsgrundschuld" unbekannt. Eine Grundschuld, die zur Sicherung einer langfristigen Kreditforderung bestellt worden ist, erfüllt vielmehr nichts anderes als eine ihr von Gesetzes wegen zugedachte Aufgabe, und wenn die Parteien die Vorteile wahrnehmen, die ihnen das Institut der Grundschuld bietet, so machen sie damit nur von einer Möglichkeit Gebrauch, die ihnen das Gesetz gewährt[117]. Es ist in-

116) Baur, SR, § 36, II.1., führt das Nebeneinander von Grundschuld und Verkehrshypothek lediglich zurück auf den "Respekt des Gesetzgebers vor dem geschichtlich Gewordenen und den örtlichen Kreditgewohnheiten". Die Überlegungen, die die Gesetzesverfasser dazu veranlaßt haben, neben der Verkehrshypothek die Grundschuld in das BGB aufzunehmen - vgl. insbesondere Mugdan III, S. 338 ff. und 982 f. - bestätigen jedoch die Richtigkeit einer Auslegung, die den "Dualismus" nicht nur als Ausfluß der "Pietät", sondern im Sinne einer Ermächtigung an den Rechtsverkehr versteht, darüber zu entscheiden, welche Ordnung für den langfristigen Grundkredit den Vorzug verdient: Man wollte zwar einerseits den geschichtlich gewordenen Kreditgewohnheiten keine Gewalt antun; im Vordergrund stand jedoch das Bestreben, das Grundkreditwesen möglichst zu fördern und einer damals offenbar bestehenden "Kreditnot" des Grundbesitzes abzuhelfen, und im Hinblick darauf hielt man es für das Richtige, dem Rechtsverkehr möglichst viel Freiheit zu lassen und ihn nicht in ein starres Gerüst zu zwängen. Über Sinn und Berechtigung des "Dualismus" ist im übrigen viel gestritten worden; es sei dazu nur hingewiesen auf die Ausführungen bei Endemann, SR, S. 883 ff., Felgentraeger, Festschr. f. J.v.Gierke, S. 141 f., Kramer, S. 1 ff., Nußbaum, S. 174 f., sowie vor allem Puntschart, S. 8, 24 ff., 110 f.

117) Insofern trifft Nußbaum, S. 175, ganz das Richtige, wenn er ausführt, ein einwandfreier materieller Grund für die Ver-

soweit verfehlt, von der Schaffung eines neuen, im Gesetz nicht "vorgesehenen" Rechtsinstitutes zu sprechen[118].

Stehen jedoch Verkehrshypothek und Grundschuld als Ordnungsinstrumente gleichberechtigt nebeneinander, so können die Strukturprinzipien, die die Verkehrshypothek von der Grundschuld unterscheiden, nicht als Ausdruck bindender Wertungen verstanden werden; es kann ihnen nicht der Zweck zugesprochen werden, das privatautonome Handeln in eine bestimmte, vom Gesetz allein als "richtig" angesehene Bahn zu lenken. Wählen die Parteien zur Ordnung ihrer Beziehungen an Stelle der Verkehrshypothek die Grundschuld und vermeiden sie dadurch die "Nachteile" der Verkehrshypothek, so steht die von ihnen geschaffene Ordnung nicht im Widerspruch zu gesetzlichen Wertungen, und es kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden[119]. Die Parteien befinden sich insbesondere noch durchaus im Einklang mit dem Gesetz, wenn sie sich mit Hilfe des Institutes der Grundschuld dem "Mitlaufgebot" der Verkehrshypothek entziehen. Auch hier ist der Vorwurf der Gesetzesumgehung verfehlt[120].

Ist die von den Parteien geschaffene Ordnung bei Rückgriff auf das Institut der Grundschuld in gleicher Weise "richtig" wie bei Benutzung des Institutes der Verkehrshypothek, so kann auch eine Vereinbarung, die versucht, die Mitte zwischen beiden Instituten zu halten, nicht als "wertungswidrig" angesehen werden. Allenfalls wegen eines Verstoßes gegen die allgemeinen Sachenrechtsgrundsätze kann eine derartige Gestaltung unzulässig sein. Grundsätzlich läßt sich

---

wendung der Grundschuld liege darin, daß sie dem Gläubiger infolge ihrer Unabhängigkeit von der persönlichen Forderung ein besonders starkes Recht verschaffe.

118) Insoweit zutreffend OLG Celle, DNotZ 1954, S. 473, und Stockmayer, S. 16; unrichtig jedoch Feuerherdt, Bl.f.Genw. 1959, S. 224, wenn er generell behauptet, die "Sicherungsgrundschuld" sei eine "besondere Form der Grundschuld", die "aus der Praxis heraus entwickelt und durch die Rechtsprechung anerkannt worden" sei.

119) Für die "Sicherungsgrundschuld" weisen den Vorwurf der Gesetzesumgehung insoweit mit Recht zurück Brebeck, S. 27, Kindler, S. 33, Quentin, S. 7 f., und Schieb, S. 44 ff.

120) Unzutreffend ist es, wenn Lehmann, S. 39, im Hinblick auf das "Mitlaufgebot" bei der Verkehrshypothek davon spricht, daß Umgehungsgeschäfte nichtig seien.

also ein "Zwittergebilde"zwischen Verkehrshypothek und Grundschuld mit dem Gesetz vereinbaren[121]. Insoweit ist dem privatautonomen Handeln insbesondere die Möglichkeit gegeben, die Struktur der Grundschuld zu verändern. Es ist zum Beispiel unbedenklich, die Grundschuld dadurch in eine hypothekenähnliche Abhängigkeit von einer langfristigen Forderung zu bringen, daß der Bestand der Forderung zur aufschiebenden oder auflösenden Bedingung für den dinglichen Bestand der Grundschuld erhoben wird[122]. Vor allem aber kann insoweit die Nicht-Akzessorietät der Grundschuld durch eine Sicherungsvereinbarung eingeschränkt werden, die kraft des § 1157 automatisch dingliche Wirkungen entfaltet[123]. Alle diese Gestaltungen stehen nicht im Widerspruch zu gesetzlichen Wertentscheidungen. Sie vereiteln weder den Zweck einer einzelnen Norm, noch den eines Rechtsinstitutes, etwa den der Grundschuld selbst oder den der Verkehrshypothek. Vom Standpunkt einer am Gesetzeszweck orientierten und nicht in begrifflichen Überlegungen sich erschöpfenden Gesetzesinterpretation sind sie daher als zulässig zu betrachten.

---

121) Unrichtig - jedoch vom Standpunkt der herkömmlichen Lehre über die Grenzen der Privatautonomie im Sachenrecht folgerichtig - ist es, wenn Lehmann, S. 70, und Zimmermann, S.10 f., ein "Zwittergebilde" zwischen Grundschuld und Hypothek für unzulässig erklären.

122) So im Ergebnis mit Recht z.B. Huber, S. 44 f., Knöchlein, Bl.f.Grundstücksr. 1958, S. 309, Palandt-Hoche, § 1191, Anm. 2)b)aa), Ripfel, BWNotZ 1961, S. 194, Serick, II, S. 426, Westermann, SR, § 114, II.2., Wolff-Raiser, SR, § 132, I.2., sowie aus der Rechtsprechung OLG Celle, DNotZ 1954, S. 473. Anders jedoch vor allem Baur, SR, § 45, II.3.b), Münstermann, S. 35 f., und Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f.(1760).

123) In diesem Sinne mit Recht vor allem Riedel, DNotZ 1954, S. 458, und Trost-Schütz, BFB, S. 509. Die herrschende Meinung - siehe die Nachweise oben, S. 143, Anm. 103) - geht zwar allgemein dahin, daß das Gesetz es mißbillige, die Grundschuld in eine "dinglich wirkende Abhängigkeit" von einer zu sichernden Forderung zu bringen; gleichzeitig werden aber schuldrechtliche Vereinbarungen, durch die die Grundschuld auf einen Sicherungszweck festgelegt wird, zugelassen und damit - angesichts des § 1157 - im Ergebnis doch Möglichkeiten zu einer dinglichen Verknüpfung der Grundschuld mit einer Forderung eröffnet. Für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung spricht, daß die Gesetzesverfasser offenbar ebenfalls eine Einschränkung der Nicht-Akzessorietät der Grundschuld auf dem Wege des § 1157 für möglich und zulässig hielten: Sie waren jedenfalls der Ansicht, der Bestimmung des jetzigen § 1157 komme für die Grundschuld deshalb besondere Bedeutung zu, weil jene von einer Forderung überhaupt unabhängig sei - vgl. Mugdan III, S. 986.

bb) Umgehung der Höchstbetragshypothek ?

Die Höchstbetragshypothek ist das einzige gesetzliche Ordnungsinstrument für Lebensverhältnisse, in denen das Grundvermögen als Kreditunterlage für laufende Geschäftsverbindungen mit einem ständig nach Rechtsgrund und Höhe wechselnden Bestand von Forderungen benutzt werden soll[124]. Ist es erlaubt, daß die Parteien bei der Ordnung solcher Lebensverhältnisse von der "Legalordnung" der Höchstbetragshypothek abweichen, indem sie die Grundschuld - umgestaltet zu einer "quasi-akzessorischen Sicherungsgrundschuld" - als Ordnungsmittel benutzen und dabei im Ergebnis die "Nachteile" ausschalten, die die Höchstbetragshypothek vom Standpunkt des Grundpfandrechtsgläubigers aus aufweist[125] ? Sind nicht gesetzliche Wertungen außer acht gelassen ? Kommen in den "Nachteilen" der Höchstbetragshypothek Wertungen zum Ausdruck, ist es ihr Sinn und Zweck, das privatautonome Handeln in bestimmte, nach dem Gesetz allein als "richtig" anzusehende Bahnen zu lenken ?

Aufschluß über den "Wertgehalt" der Höchstbetragshypothek muß die "Leistung" geben, die dieses Rechtsinstitut innerhalb des Systems der Grundpfandrechte zu erbringen vermag. Sie muß einen Rückschluß darauf zulassen, ob die besonderen Strukturprinzipien der Höchstbetragshypothek nur in dem Bestreben entwickelt worden sind, überhaupt eine allgemeine Regelung zu schaffen, ohne daß es auf das Wie dieser Regelung angekommen wäre, oder ob sie sinnvoll nur so verstanden werden können, daß sie den Zweck haben, das privatautonome Handeln in eine ganz bestimmte Richtung zu steuern.

Die Höchstbetragshypothek ist als einziges Grundpfandrechtsinstitut so ausgestaltet, daß sie eine Sicherungsfunktion im Rahmen laufender Geschäftsverbindungen mit einem ständig nach Rechtsgrund und Höhe wechselnden Bestand von

---

124) Zu diesem Zuschnitt der Höchstbetragshypothek siehe oben, S. 88 ff.(91 f.).

125) Diese "Nachteile" sind sehr häufig im Schrifttum erörtert worden, vgl. z. B. Eichler, II/2, S. 502 f., Felgentraeger, Festschr. f. J.v.Gierke, S. 154 ff., Huber, S. 53 ff., Schütz, ZAkDR 1939, S. 475 ff., Trost-Schütz, BFB, S. 500 f., sowie Ungewitter, S. 4 ff.

Forderungen erfüllen kann. Wenn das Gesetz überhaupt Wertungen für die Ordnung entsprechender Lebensverhältnisse enthält, so müssen sie demnach bei der Ausgestaltung der Höchstbetragshypothek ihren Ausdruck gefunden haben. Aus der Struktur der Verkehrshypothek kann darüber nichts entnommen werden: Dieses Grundpfandrechtsinstitut ist seiner gesetzlichen Ausgestaltung nach gänzlich ungeeignet, einen Kreis ständig nach Art und Höhe wechselnder Forderungen zu sichern[126]. Ebensowenig gibt die Ausgestaltung der Grundschuld Aufschluß darüber, wie die von der Höchstbetragshypothek erfaßten Lebensverhältnisse in "richtiger" Weise zu ordnen sind: Dieser Grundpfandrechtstypus muß - wenn seine Ausgestaltung in allen ihren wesentlichen Zügen einen vernünftigen Sinn haben soll - als ein Ordnungsinstrument allein für solche Lebensverhältnisse angesehen werden, in denen das Grundvermögen als Basis für langfristige Kreditgeschäfte herangezogen werden soll, denn nur hier können sich alle seine grundlegenden Strukturelemente - insbesondere auch das "Zwangsvollstreckungsprinzip" - sinnvoll auswirken[127].

Die Höchstbetragshypothek ist nun so konstruiert, daß sie in den von ihr allein erfaßten Lebensverhältnissen nicht nur eine Sicherungsfunktion, sondern zugleich eine "Grundvermögensschutzfunktion" erfüllen kann. Die Einschränkung der Verkehrsfähigkeit und die Beweislastverteilung zum Nachteil

---

126) Siehe oben, S. 87.

127) Siehe oben, S. 83 f. Küchler, S. 7, geht aber zu weit, wenn er generell behauptet, der Gesetzgeber habe die Grundschuld zu anderen Zwecken und für andere wirtschaftliche Bedürfnisse eingeführt als gerade für die Kreditsicherung, der die verschiedenen Formen der Hypothek dienen sollten. Daß der Gesetzgeber die Grundschuld jedoch als Ordnungsinstrument für andere Lebensverhältnisse eingeführt hat als diejenigen, die von der Höchstbetragshypothek erfaßt werden, findet auch eine gewisse Bestätigung in den Motiven zum BGB, Im Hinblick auf die Frage, ob es gerechtfertigt sei, Grundschuld und Hypothek nebeneinander in das Gesetz aufzunehmen, heißt es dort nämlich (vgl. Mugdan III, S. 339): Der Entwicklungsgang des Hypothekenrechts scheine die Verdrängung der Hypothek durch die Grundschuld zu verlangen; dabei handele es sich indessen nur um den Ersatz der auch in Ansehung der Forderung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützten Hypothek; die Sicherungshypothek, welche dieses Schutzes nicht teilhaftig und folglich nicht verkehrsfähig sei, vermöge in befriedigender Weise den Realkredit nicht zu vermitteln, sie diene anderen Zwecken.

des Gläubigers bewirken, daß unter allen Umständen eine ungerechtfertigte Verwertung des Grundvermögens verhindert wird[128]. Daß es sich hierbei nicht um eine beliebige Regelung handelt, ist schon angesichts der Tatsache zu vermuten, daß das Gesetz von dem Streben nach einer möglichst klaren und übersichtlichen Sachenrechtsordnung beherrscht ist und deshalb zu einem "numerus clausus" der Sachenrechte und dahin tendiert, Regelungen nur beliebigen Inhalts auszuscheiden. Für die Frage, welchen "Wertgehalt" die Regelung der Höchstbetragshypothek hat, ist aber noch ein weiterer Umstand von Bedeutung: In den Augen des Gesetzgebers haben Grund und Boden einen besonders hohen Wert, und das Gesetz ist daher durchsetzt von Bestimmungen, die dem Grundvermögen besonderen Schutz verleihen; zu denken ist dabei zum Beispiel nur an die Formvorschrift für Grundstückskaufverträge, an das Grundbuchwesen mit seinen verschiedenen Formerfordernissen und nicht zuletzt an das "Zwangsvollstreckungsprinzip", das die Struktur sämtlicher Grundpfandrechtsinstitute beherrscht. Diese hohe Einschätzung des Grundvermögens durch den Gesetzgeber läßt den Schluß zu, daß die Struktur der Höchstbetragshypothek tatsächlich nicht nur eine beliebige Regelung darstellt, sondern durchaus unter Zweckgesichtspunkten und auf Grund von Wertvorstellungen gerade so ausgestaltet worden ist, daß dieses Grundpfandrechtsinstitut auch eine "Grundvermögensschutzfunktion" erfüllen kann. Es ist offenbar Sinn und Zweck der Höchstbetragshypothek, die Heranziehung des Grundvermögens als Kreditunterlage für laufende Geschäftsverbindungen so zu "organisieren", daß unter allen Umständen eine ungerechtfertigte Verwertung unmöglich bleibt.

Hat der Gesetzgeber damit hier als Ordnungsinstrument nur ein einziges Rechtsinstitut zur Verfügung gestellt, dessen Ausgestaltung auf bestimmte Zwecküberlegungen und Wertvorstellungen zurückzuführen ist, so ist das privatautonome Handeln auf einen bestimmten Weg festgelegt. Die Höchstbetragshypothek muß als das einzig "richtige" Ordnungsinstrument für die von ihr erfaßten Lebensverhältnisse angesehen

128) Siehe dazu oben, S. 88 ff.(91 f.).

werden, und diese Lebensverhältnisse sind nur dann "richtig" geordnet, wenn dem Grundvermögen ein ebensolcher Schutz zuteil wird, wie ihn die Höchstbetragshypothek ihrer gesetzlichen Ausgestaltung nach zu gewähren vermag[129]. Für alle Fälle, in denen das Grundvermögen als Kreditunterlage für eine laufende Geschäftsverbindung mit einem ständig nach Rechtsgrund und Höhe wechselnden Bestand von Forderungen herangezogen werden soll, enthält also das Gesetz das Gebot, die Höchstbetragshypothek als Organisationsform zu verwenden. Geben die Parteien in einem solchen Falle ihren Beziehungen eine andere Ordnung, so müßte es sich demnach an sich immer um eine "wertungswidrige" Gestaltung handeln. Ein Vorgehen, bei dem die "Nachteile" der Höchstbetragshypothek dadurch ausgeschaltet werden, daß ein anderes Grundpfandrechtsinstitut als Ordnungsinstrument verwendet wird, müßte als Gesetzesumgehung qualifiziert werden - als "Institutsmißbrauch" ohne rechtliche Bestandskraft. Infolgedessen müßten alle Versuche zum Scheitern verurteilt sein, die "Nachteile" der Höchstbetragshypothek mit Hilfe der - zu einer "Sicherungsgrundschuld" umgeformten - Grundschuld "abzuschütteln"[130]. Soweit

---

129) In der Literatur ist zwar öfters die Rede davon, daß eigentlich der Höchstbetragshypothek vom Gesetzgeber die Aufgabe zugedacht sei, zur Sicherung laufender Kredite zu dienen, vgl. z. B. Eichler, II/2, S. 502, Felgentraeger, Festschr. f. J.v.Gierke, S. 154, Huber, S. 53, Kramer, S. 2, Stockmayer, S. 90. Huber spricht an anderer Stelle (S. 25 f.) sogar davon, daß der Gesetzgeber bei solchen Sachlagen "aus guten Gründen als einzige Hypothekenform" die Höchstbetragshypothek "vorgesehen" habe. Der Schluß, daß die Höchstbetragshypothek nach dem Gesetz die einzig "richtige" Ordnungsform für derartige Lebensverhältnisse ist, wird aber nicht gezogen. Lediglich bei Janberg, BA 1936/37, S. 514 f., und Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f., klingt die hier vertretene Auffassung an, wenn diese meinen, die Eintragung, daß die Grundschuld zur Sicherung der Forderung aus einer laufenden Geschäftsverbindung bestellt sei und nicht weiter geltend gemacht werden dürfe, als aus der Geschäftsverbindung jeweils Forderungen des Grundschuldinhabers begründet seien, stehe im Widerspruch zum Gesetz, zur Erreichung solcher Zwecke habe das Gesetz nicht die Grundschuld, sondern die Höchstbetragshypothek vorgesehen.

130) In gleicher Weise müßte an sich auch die sog. "verdeckte" Höchstbetragshypothek zu Bedenken Anlaß geben. Diese in der Konstruktion schwierige und umstrittene Ersatzform kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht näher behandelt werden. Sie gehört nicht zu den "atypischen" Gestaltungen, für die der § 1157 von Bedeutung ist. Die Parteien treffen in diesen Fällen keine besonderen Vereinbarungen, welche über den § 1157

es auf diesem Wege tatsächlich gelingen würde, jene "Nachteile" auszuschalten, würde die von den Parteien geschaffene Ordnung im Widerspruch zu den gesetzlichen Wertungen stehen, deren Ausdruck jene "Nachteile" sind. Es würde der Sinn und Zweck der Höchstbetragshypothek vereitelt, das privatautonome Handeln so zu lenken, daß eine diesen Wertungen entsprechende Ordnung der Rechtsbeziehungen gewährleistet ist. Eine derartige "Zweckvereitelung" kann aber die Rechtsordnung nicht dulden, wenn sie ihre Aufgabe erfüllen soll, das Gemeinschaftsleben nach Wertmaßstäben zu ordnen[131].

Nach alledem ist an sich ein richtiger Kern in den Äußerungen enthalten, die sich auf Fälle der hier zur Diskussion stehenden Art beziehen und die dahin gehen: Auf Grund des § 1157 dürften nur solche Einreden in das Grundbuch eingetragen werden, die mit dem "Wesen" der Grundschuld vereinbar seien, weil sonst das Grundschuldinstitut einem Zweck dienstbar gemacht werde, für den es nicht geschaffen sei und für den das Gesetz die Höchstbetragshypothek vorgesehen habe[132]. Allerdings gehen diese Äußerungen insofern eigentlich noch nicht weit genug, als sie nur die Eintragungsfähigkeit derartiger Einreden verneinen, nicht aber die Vereinbarungen selbst für ungültig erklären, aus denen diese hervorgehen. Da die Einreden kraft des § 1157 automatisch - auch ohne Eintragung - die dingliche Rechtslage verändern, müßte eine solche Konsequenz gezogen werden. - Außerdem ist es verfehlt,

---

dingliche Wirkungen entfalten; sie geben lediglich der Forderung, die sie der Verkehrshypothek zugrunde legen, eine besondere, "atypische" Gestalt. - Bei Westermann, SR, § 111,I.3, klingt der Gedanke an, daß es mit den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht vereinbar und daher unzulässig sei, die "Nachteile" der Höchstbetragshypothek auf dem Umwege über die sog. "verdeckte" Höchstbetragshypothek "abzuschütteln".

131) Insoweit weisen Brebeck, S. 27, Kindler, S. 33, Quentin, S. 7 f., und Schieb, S. 44 ff., den Vorwurf der Gesetzesumgehung für die "Sicherungsgrundschuld" zu Unrecht zurück. Wenn andererseits das AG Bochum, JW 1938, S. 106 f., die Vorschriften über die Höchstbetragshypothek auf die anderen Stelle bestellte Grundschuld anwendet, so behandelt es das Vorgehen der Parteien aber wenigstens im Ergebnis als eine Gesetzesumgehung.

132) Gemeint ist die entsprechende Äußerung bei Janberg, BA 1936/37, S. 514 f., demselben, DFG 1939, S. 57, und insbesondere bei J., ZKW 1952, S. 320, sowie Rheinstein, JW 1932, S. 1759 f.

wenn einige Autoren einen Unterschied machen zwischen Einreden, die sich unmittelbar aus Vereinbarungen der an der Grundschuldbestellung beteiligten Parteien ergeben,und solchen, die erst aus der vom Begründungswillen unabhängigen späteren Entwicklung entstehen, und wenn sie dann letztere für mit dem Gesetz vereinbar erklären, da sie ihren Ursprung nicht in dem Bestreben nach Schaffung neuer, im Gesetz nicht vorgesehener Rechtsgebilde hätten[133]. Die dem konkreten Lebensverhältnis gegebene Ordnung widerspricht dem Gesetz ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien gegen das Gesetz verstoßen wollten oder nicht. - Abgesehen davon können diese Äußerungen jedoch an s ich nicht einfach als unbeachtlich beiseite geschoben werden. Der in ihnen anklingende Gedanke, daß bei einer Verwendung der Grundschuld an Stelle der Höchstbetragshypothek die Grenzen des privatautonomen Handelns überschritten sein könnten, ist nicht mit der Feststellung abgetan, daß schuldrechtliche Absprachen nach § 1157 überhaupt nicht, Einreden dagegen immer ins Grundbuch eingetragen werden dürfen und daß die besonders umstrittenen Klauseln gar keine Einreden im Sinne des § 1157 darstellen[134]. Da die Sicherungsvereinbarung durch das "Medium" der "Eigeneinreden" automatisch, ohne Rücksicht auf eine Eintragung, auf die dingliche Rechtslage einwirkt, geht es vielmehr allein darum, ob die so entstehende Ordnung den im Gesetz verankerten Wertentscheidungen entspricht. Ist sie "wertungswidrig", so sind nicht nur die Einreden "eintragungsunfähig", sondern darüber hinaus die Parteivereinbarungen insgesamt hinfällig. Wie bereits dargelegt, widerspricht es aber an sich den im Gesetz verankerten Wertungen, wenn die hier zur Diskussion stehenden Lebensverhältnisse nicht unter Verwendung der Höchstbetragshypothek, sondern mit Hilfe eines "Ersatzinstitutes" geordnet werden. Es müßten also eigentlich alle Vereinbarungen, die die "Nachteile" der Höchstbetragshypothek ausschalten, ohne rechtliche Bestandskraft sein.

---

133) Einen solchen Unterschied machen aber J., sowie vor allem Rheinstein, a.a.O.

134) Huber, S. 140 f., schiebt diesen Gedanken jedoch in solcher Weise beiseite. Auch Baur, SR, § 45, II.2., a.E., und Serick, II, S. 424 ff., glauben offenbar, dieser Gedanke sei bedeutungslos, wenn man nur beachte, daß die Sicherungsabrede als solche nicht ins Grundbuch eingetragen werden dürfe.

Hier kann jedoch die Entwicklung, die seit dem Inkrafttreten des BGB im Rechtsleben stattgefunden hat, nicht unberücksichtigt bleiben. Ohne grundsätzlichen Widerspruch zu finden, hat die Praxis von Anfang an für diejenigen Lebensverhältnisse, die von der Höchstbetragshypothek erfaßt werden, auch die Grundschuld als Ordnungsinstrument benutzt, und seit der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen ist die Höchstbetragshypothek immer mehr durch die Grundschuld verdrängt worden[135]. Man hat nicht zur Kenntnis genommen, daß hier nach dem Gesetz die Höchstbetragshypothek das einzig "richtige" Rechtsinstitut ist. Die am Kreditverkehr beteiligten Kreise der Rechtsgemeinschaft, die Rechtsprechung und die Wissenschaft sind vielmehr von vornherein der Überzeugung gewesen, es sei ohne weiteres mit dem Gesetz vereinbar, auch ein anderes Grundpfandrechtsinstitut - die Grundschuld - zur Ordnung derartiger Lebensverhältnisse heranzuziehen. Diese Rechtsüberzeugung hat sich manifestiert in einer jahrzehntelangen, gleichmäßigen Übung, ohne daß sich dagegen grundsätzlicher Widerspruch erhoben hätte. Das bedeutet aber: Es hat sich ein Gewohnheitsrecht entwickelt[136]; durch die allgemeine, durch Übung manifestierte Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft ist die bindende Kraft der Wertungen beseitigt, die in dem im Gesetz ausgebildeten Institut der Höchstbetragshypothek verankert sind; das Gebot, hier nur die Höchstbetragshypothek als Ordnungsinstrument zu verwenden, ist aufgehoben. Dabei ist gleichgültig, daß die Übung nur auf die falschen Vorstellungen zurückzuführen ist, die man von der Bedeutung des Institutes der Höchstbetragshypothek einerseits und der Grundschuld andererseits hatte. Die Bildung von Gewohnheitsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Übung nur die Manifestation einer irrtümlichen Rechtsüberzeugung ist[137].

---

135) Dazu sei nur hingewiesen auf die Ergebnisse der von M. Wolff im Jahre 1906 veranstalteten Umfrage bei Segall, Arch. bürg. R. 32, S. 410 ff.(423), auf die Darstellung bei Seckelmann, S. 46 ff.(47), mit statistischen Angaben auf S. 53 ff. und 155 ff., sowie auf die Ausführungen von Serick, II, S.414, mit weiteren Nachweisen.

136) Zu den Voraussetzungen des Gewohnheitsrechtes vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 39, und Lehmann-Hübner, § 3, III.1.

137) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 40, II.

Ist aber das gesetzliche Gebot gewohnheitsrechtlich aufgehoben, nach dem zur Ordnung der von der Höchstbetragshypothek erfaßten Lebensverhältnisse nur dieses Rechtsinstitut als Organisationsform zu benutzen ist, so steht es den Parteien frei, die "Nachteile" dieses Institutes auch auf "Umwegen" auszuschalten. Heute bestehen also keine Bedenken mehr dagegen, daß die Parteien in einem solchen Falle ihre Beziehungen mit Hilfe einer "Sicherungsgrundschuld" ordnen. Es ist insoweit zulässig, die Grundschuld durch eine Sicherungsvereinbarung, die kraft des § 1157 automatisch dingliche Wirkungen entfaltet, ihres nicht-akzessorischen Charakters zu entkleiden[138]. Die dabei entstehende "quasi-akzessorische", an einen Kreis ständig wechselnder Forderungen "angelehnte" "Sicherungsgrundschuld" ist dann aber als ein besonderes, aus der Praxis heraus entwickeltes und gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut zu bezeichnen[139]. Durch diese neue, gewohnheitsrechtlich entwickelte Form der "Sicherungsgrundschuld" wird das System der Grundpfandrechte - materiell gesehen - gesprengt und um eine Grundpfandrechtsform erweitert, die die gesetzlichen Wertungen zum Teil aufhebt. Nur formell bleibt das Grundpfandrechtssystem unangetastet, da die Erweiterung auf dem Umwege über ein im Gesetz ausgebildetes Grundpfandrechtsinstitut geschieht[140].

---

138) Auch insoweit ist also im Ergebnis Riedel, DNotZ 1954, S. 458, und Trost-Schütz, BFB, S. 509, zuzustimmen, nur handelt es sich nicht - wie Riedel meint - um einen "Umweg", den das Gesetz eröffnet, sondern um einen solchen, der erst gewohnheitsrechtlich gebahnt worden ist.

139) Insoweit ist Feuerherdt, Bl. f. Gen.wesen 1959, S. 224, zuzustimmen. Die Ansicht von Stockmayer, S. 16, die "Sicherungsgrundschuld" stelle keine besondere Form der Grundschuld, kein besonderes Rechtsinstitut dar, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend: Nur soweit die "Sicherungsgrundschuld" als "Ersatz" für die Verkehrshypothek dient, handelt es sich um eine Gestaltung, die lediglich den Rahmen des gesetzlichen Grundschuldinstitutes ausfüllt; wird die Grundschuld jedoch mit einem Kreis ständig wechselnder Forderungen verknüpft, so ist der gesetzliche Rahmen gesprengt und ein neues Institut geschaffen.

140) Nur insoweit ist Baur, SR, § 56, I.1., zuzustimmen, wenn er meint, das System der Grundpfandrechte sei von der Entwicklung in der Rechtswirklichkeit unangetastet geblieben.

cc) Umgehung der Wertpapierhypothek ?

Die Vereinbarungen, durch die die Parteien im Ergebnis die Wertpapierhypothek ausschalten, sind in ähnlicher Weise zu beurteilen wie diejenigen Fälle, in denen die Verkehrshypothek "umgangen" wird.

Es handelt sich hier darum, daß das Grundvermögen als Kreditbasis für die Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen - heute vor allem bei der Aufnahme von Industrieanleihen - oder Orderpapieren herangezogen werden soll. Die Wertpapierhypothek ist das einzige Grundpfandrechtsinstitut, das im Gesetz speziell als "Organisationsform" für derartige Lebensverhältnisse ausgestaltet ist[141]. Ist es mit dem Gesetz zu vereinbaren, daß die Parteien von der "Legalordnung" der Wertpapierhypothek abweichen, indem sie zur Ordnung ihrer Beziehungen die Grundschuld - umgestaltet zu einer "quasi-akzessorischen Sicherungsgrundschuld" - benutzen und so die Schwierigkeiten "umgehen", die die Wertpapierhypothek in der Praxis bereitet[142]? Hat die Ausgestaltung der Wertpapierhypothek den Zweck, das privatautonome Handeln in eine bestimmte, nach dem Gesetz allein als "richtig" anzusehende Bahn zu lenken, so kann dieser Zweck vereitelt sein.

Die Ausgestaltung, die das Institut der Wertpapierhypothek im einzelnen gefunden hat, spricht zunächst nicht dafür, daß sie lediglich in dem Bestreben ausgebildet worden ist, überhaupt eine Regelung zu schaffen, ohne daß es auf das Wie dieser Regelung angekommen wäre. Die Wertpapierhypothek ist so konstruiert, daß sie in den von ihr erfaßten Lebensverhältnissen neben einer Sicherungsfunktion auch eine "Grundvermögensschutzfunktion" erfüllen kann: Das "Anlehnungsprinzip" bewirkt gemeinsam mit dem "Zwangsvollstreckungsprinzip" einen besonderen Schutz des Grundvermögens[143]. Diese Regelung erhält dadurch einen besonderen Sinn, daß sie dem Umstand Rechnung trägt, daß das Grundvermögen in den von

141) Zu diesem Zuschnitt der Wertpapierhypothek siehe oben, S. 92 ff.(93 f.).
142) Zu diesen Schwierigkeiten siehe Huber, S. 72 f.
143) Zu dieser Ausgestaltung der Wertpapierhypothek siehe oben, S. 92 ff.(94).

der Wertpapierhypothek erfaßten Lebensverhältnissen in besonderem Maße eines Schutzes gegen eine ungerechtfertigte Verwertung bedarf[144]. Die Struktur der Wertpapierhypothek scheint damit ebenso wie die der Höchstbetragshypothek ein Ausdruck der hohen Wertschätzung zu sein, deren sich Grund und Boden in den Augen des Gesetzgebers erfreuen. Auch ihr könnte demnach an sich der Sinn und Zweck zugesprochen werden, das privatautonome Handeln in eine bestimmte, allein als "richtig" anzusehende Bahn zu lenken. Jedenfalls könnte aus ihr der Schluß gezogen werden, daß die von der Wertpapierhypothek erfaßten Lebensverhältnisse nur dann "richtig" geordnet sind, wenn dem Grundvermögen in gleichem Ausmaß Schutz zuteil wird, wie dieses Institut ihn seiner gesetzlichen Ausgestaltung nach zu gewähren vermag[145].

Ob das privatautonome Handeln tatsächlich in solcher Weise gebunden ist, läßt sich jedoch nur aus der Bedeutung erschließen, die dem Institut der Wertpapierhypothek innerhalb des Systems der Grundpfandrechte zukommt. Die Wertpapierhypothek ist allerdings das einzige Grundpfandrechtsinstitut, das speziell auf solche Lebensverhältnisse zugeschnitten ist, in denen das Grundvermögen als Kreditbasis für die Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen oder Orderpapieren herangezogen werden soll. Es ist aber fraglich, ob das, was für die Höchstbetragshypothek galt, deshalb auch hier entsprechend angenommen werden kann. Kann gesagt werden, wenn das Gesetz überhaupt Wertungen für die Ordnung derartiger Lebensverhältnisse enthalte, so müßten sie in der Struktur der Wertpapierhypothek ihren Ausdruck gefunden haben ? - Aus der Struktur der anderen Hypothekenformen - insbesondere der Verkehrshypothek - lassen sich zwar keine solchen Wertungen entnehmen: Das Gesetz ordnet unmißverständlich an, daß die Wertpapierhypothek die einzige hier als "Ordnungsinstrument" in Frage kommende Hypothekenform ist (§ 1187). - Die Grundschuld kann jedoch nicht in solcher Weise ausgeschieden werden. Ihre

144) Siehe dazu oben, S. 94.
145) In der Literatur ist ein derartiger Schluß jedoch nicht gezogen worden. Auch Huber zieht ihn nicht, obwohl er immerhin feststellt (S. 25 f.), der Gesetzgeber habe bei solchen Sachlagen "aus guten Gründen als einzige Hypothekenform" die Wertpapierhypothek "vorgesehen".

Struktur läßt - anders als im Hinblick auf die Höchstbetragshypothek - nicht den Schluß zu, daß sie keinesfalls als "Organisationsform" für die von der Wertpapierhypothek erfaßten Lebensverhältnisse in Frage komme. Die Grundschuld ist allerdings das allgemeinste, am wenigsten spezialisierte Grundpfandrechtsinstitut, während die Wertpapierhypothek nur auf einen ganz engen, besonderen Lebensbereich zugeschnitten ist. Das rechtfertigt es aber nicht, entsprechend dem Grundsatz, nach dem die spezielle Regelung der generellen vorgeht, anzunehmen, die Wertpapierhypothek sei das einzige Grundpfandrechtsinstitut, das nach dem Gesetz als "Ordnungsinstrument" für die hier zur Diskussion stehenden Lebensverhältnisse in Frage komme, und nur ihre Ausgestaltung könne Aufschluß darüber geben, welche Ordnung nach dem Gesetz hier die "richtige" ist. Für das Verhältnis der Grundschuld zur Wertpapierhypothek gilt vielmehr das gleiche wie für dasjenige zur Verkehrshypothek - einem ebenfalls im Vergleich zur Grundschuld mehr spezialisierten Grundpfandrechtsinstitut[146]. Angesichts der Tatsache, daß der Gesetzgeber Grundschuld und Verkehrshypothek gleichberechtigt nebeneinander gestellt hat, daß also insoweit der Grundsatz vom Vorrang der speziellen Regelung nicht zur Geltung gekommen ist, ist kein Grund dafür ersichtlich, daß dieser Grundsatz im Verhältnis zur Wertpapierhypothek Anwendung finden sollte. Mit dem gleichen Recht, mit dem man annehmen kann, daß die Grundschuld auch für diejenigen Lebensverhältnisse als Organisationsform vorgesehen ist, die bereits von der Verkehrshypothek erfaßt werden, kann man davon ausgehen, daß die Grundschuld auch ein Ordnungsinstrument für die von der Wertpapierhypothek erfaßten Lebensverhältnisse ist. Auch hier kann die "Nicht-Akzessorietät" der Grundschuld nicht den Sinn und Zweck haben, das Grundschuldinstitut von einer Verwendung auszuschließen. Die "Nicht-Akzessorietät" vermag gerade auch in diesen Fällen ihre "Vereinfachungsfunktion" zu erfüllen. Der Gesetzgeber hat hier offenbar ebenfalls nicht entscheiden können und wollen, welche Ordnung den Vorzug verdient, und hat deshalb gleichfalls die Entscheidung dem Rechtsverkehr überlassen.

146) Zu dem Verhältnis zwischen Grundschuld und Verkehrshypothek siehe oben, S. 142 ff.(146 ff.).

Dementsprechend gilt hier ähnliches wie bei der Ausschaltung der Verkehrshypothek: Geben die Parteien ihren Beziehungen eine andere Ordnung, so kann es sich nicht um eine "wertungswidrige" Gestaltung handeln; ein Vorgehen, mit dem die Parteien die Schwierigkeiten, die die Wertpapierhypothek bereitet, auf "Umwegen" ausschalten, kann nicht als Gesetzesumgehung qualifiziert werden. Insbesondere bestehen keine Bedenken dagegen, daß die Parteien ihre Beziehungen auch hier mit Hilfe einer "Sicherungsgrundschuld" ordnen und dabei das Grundschuldinstitut durch eine Sicherungsvereinbarung, die kraft des § 1157 automatisch Einfluß auf die dingliche Rechtslage ausübt, seines nicht-akzessorischen Charakters entkleiden. Wenn die Wertpapierhypothek heute in der Praxis fast völlig durch die Grundschuld verdrängt worden ist[147], so ist damit nur die Entscheidung vollzogen worden, die der Gesetzgeber dem Rechtsverkehr überlassen hat.

---

147) Zu dem Bild, das sich heute in der Praxis bietet, sei nur hingewiesen auf die Darstellung bei Huber, S. 72 ff., und die knappen Bemerkungen bei Trost-Schütz, BFB, S. 513.

Zusammenfassende Thesen

1. In der Rechtsprechung ist die Problematik des § 1157 hinsichtlich einer Umgestaltung der Grundschuld kaum, im Hinblick auf eine Veränderung der Hypothekenformen aber wenigstens einige Male klar erkannt worden. Soweit dazu Überlegungen angestellt worden sind, hat man diese jedoch nie auf den gesamten Wirkungsbereich des § 1157 ausgedehnt.

2. In der Literatur hat man die Problematik des § 1157 zwar häufiger berührt. Welche Bedeutung sie gerade für die Grundschuld hat, ist jedoch ebenfalls kaum erkannt worden; Unklarheiten über Sinn und Zweck und die Auswirkungen des § 1157 haben sie vielmehr gerade hier noch zusätzlich verdeckt. Im Hinblick auf eine mögliche Umgestaltung der Hypothekenformen hat man sie aber klar erkannt, nur ist nicht gelungen - aber auch kaum versucht worden -, eine einheitliche, für den gesamten Wirkungsbereich des § 1157 gültige Lösung zu finden.

3. Die Bestimmung des § 1157 muß gesehen werden in ihrer Rolle im System der Einwendungen und Einreden des Hypothekenrechts: Die Einreden des § 1157 bilden eine der drei großen Gruppen der materiellrechtlichen Verteidigungsmittel gegenüber den Grundpfandrechtsgläubigern, und sie sind scharf von den beiden anderen Gruppen - den Einwendungen gegen das dingliche Verwertungsrecht und den bürgschaftsähnlichen Einreden des Grundstückseigentümers - zu unterscheiden. Die Abgrenzung kann man dadurch zum Ausdruck bringen, daß man die Einreden des § 1157 als die "Eigeneinreden" des Grundstückseigentümers bezeichnet.

4. Der § 1157 enthält für die "Eigeneinreden" zwei Bestimmungen, die jeweils eine eigenständige Bedeutung haben und besondere Funktionen erfüllen. Der Satz 1 des § 1157 setzt sich über die Abstraktheit der Grundpfandrechte hinweg und schützt den Grundstückseigentümer dagegen, daß sich sein "Rechtsstatus" bei einer Abtretung des Grundpfandrechtes verschlechtert. Der Satz 2 des § 1157 unterstellt - ebenfalls unter Durchbrechung der Systematik des BGB - die "Eigeneinreden" trotz ihres schuldrechtlichen Ursprungs solchen Regeln,

die an sich nur für dingliche Rechte an Grundstücken gelten; dadurch schützt er einerseits den redlichen Rechtsverkehr gegen die Konsequenzen des § 1157 Satz 1; andererseits ermöglicht er aber auch dem Eigentümer die Sicherung seiner Rechte gegen die Gefahren, denen sie infolge dieses Schutzes wiederum ausgesetzt sind.

5. Die Einzelheiten der Regelung des § 1157 werden besser verständlich, wenn man den funktionellen Zusammenhang zwischen den beiden Sätzen dieser Norm im Auge behält. Der Satz 1 des § 1157 verleiht sämtlichen "Eigeneinreden" vom Augenblick ihrer Entstehung an Wirkungen, die eine Änderung der dinglichen Rechtslage bedeuten, und zwar tut er das, ohne eine Verlautbarung im Grundbuch - eine besondere "Verdinglichung" - zu fordern. Der damit gegebenen Möglichkeit einer Unrichtigkeit des Grundbuchs trägt der Satz 2 des § 1157 einmal zugunsten des redlichen Rechtsverkehrs Rechnung - indem er einen gutgläubigen, einredefreien Erwerb eines "einredebehafteten" Grundpfandrechtes ermöglicht -, zum anderen aber auch zugunsten des Eigentümers - indem er Grundbuchberichtigung und Widerspruch für sämtliche entstandenen "Eigeneinreden" zuläßt, also diesen Widerspruchsrechten generell Eintragungsfähigkeit zuerkennt.

6. Durch den § 1157 wird das obligatorische Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Grundpfandrechtsgläubiger mit dem dinglichen Verwertungsrecht verknüpft. Eine unmittelbare dingliche Wirkung des Schuldverhältnisses selbst oder eines aus ihm hervorgehenden Anspruches läßt sich allerdings aus dem § 1157 nicht herleiten; die "Eigeneinreden" - aus dem Schuldverhältnis entspringende subjektive Rechte (Gestaltungsrechte) - stellen vielmehr nur ein "Medium" dar, durch das das Schuldverhältnis mehr oder weniger intensiv auf die dingliche Rechtslage einwirkt. Diese Wirkungen, die vom Augenblick der Entstehung einer "Eigeneinrede" an automatisch eintreten, kommen jedoch interessenmäßig einer inhaltlichen Umgestaltung des betroffenen Grundpfandrechtes gleich.

7. Die traditionelle Lehre von der Vertragsfreiheit im Schuldrecht und ihren Grenzen ist überholt, sodaß auch die herkömmliche Lehre vom sachenrechtlichen "Typenzwang" als

einem prinzipiellen Gegensatz zur schuldrechtlichen Vertragsfreiheit einer Überprüfung bedarf. Die Vorstellung, daß im Schuldrecht alles erlaubt sei, was nicht ausdrücklich verboten ist, trifft nicht zu. Die Lebensverhältnisse dürfen vielmehr nur in einer Weise geordnet werden, die mit den Wertentscheidungen und Ordnungsgrundsätzen in Einklang steht, welche in der gesetzlichen Struktur der jeweils auf sie zugeschnittenen Schuldrechtsinstitute zum Ausdruck kommen.

8. Im Sachenrecht sind dem privatautonomen Handeln im Prinzip in gleicher Weise Grenzen gesetzt wie im Schuldrecht. Die Lehre von einem starren "Typenzwang" ist unzutreffend. Auch im Sachenrecht sind die Rechtsgenossen vielmehr nur an die Wertungen und Ordnungsvorstellungen gebunden, die in den grundlegenden Strukturprinzipien der vom Gesetzgeber ausgebildeten Rechtsinstitute ihren Niederschlag gefunden haben. In der sachenrechtlichen Typenordnung in ihrer Gesamtheit kommen jedoch gleichfalls Wertentscheidungen zum Ausdruck, und durch diese ist die Privatautonomie noch zusätzlich eingeschränkt. Zwischen den Möglichkeiten privatautonomen Handelns im Schuldrecht und im Sachenrecht besteht infolgedessen zwar kein prinzipieller, aber doch ein gradueller Unterschied.

9. Die Grenzen des privatautonomen Handelns im Sachenrecht können "offen" oder "verdeckt" überschritten sein. Um eine "offene" Mißachtung gesetzlicher Wertentscheidungen kann es sich handeln, wenn die Parteien zur Ordnung eines Lebensverhältnisses das dafür vorgesehene Rechtsinstitut zwar verwendet, aber dabei seine gesetzliche Struktur umgestaltet haben; sie können in diesen Fällen Wertentscheidungen über die jeweils "richtige" Geschäftsform und solche über die jeweils allein schutzwürdigen Geschäftszwecke mißachtet haben. Eine "verdeckte" Mißachtung gesetzlicher Wertentscheidungen kann demgegenüber vorliegen, wenn die Parteien ein Lebensverhältnis nicht mit Hilfe des dafür vorgesehenen Rechtsinstitutes geordnet, sondern ein "fremdes" Institut als "Ordnungsinstrument" herangezogen haben; haben sie ihren Beziehungen dabei eine Ordnung gegeben, die der nach dem Gesetz für das betreffende Lebensverhältnis allein "richtigen" Ordnung nicht ent-

spricht, so handelt es sich um eine Gesetzesumgehung, und es muß von einem "Institutsmißbrauch" gesprochen werden, der keinen Rechtsschutz genießt.

10. Die Grundpfandrechtstypen des BGB - die Objekte der kraft des § 1157 dinglich wirkenden privatautonomen Regelungen - tragen in ihren wesentlichen Strukturprinzipien den verschiedenartigen Interessen, die bei der Grundpfandrechtsbestellung eine Rolle spielen und sich überschneiden können, jeweils in einer anderen, besonderen Weise Rechnung. Dadurch sind sie zu spezifischen "Leistungen", zur Erfüllung besonderer Funktionen befähigt. Aus der Art und Weise, in der sie den verschiedenartigen Interessen Rechnung tragen, und aus den Funktionen, die sie zu erfüllen vermögen, kann jeweils ein "Zuschnitt" auf ganz bestimmte typische Lebensverhältnisse erschlossen werden.

11. Durch "Eigeneinreden" können dem Grundpfandrechtsgläubiger Befugnisse genommen werden, die zum gesetzlichen Inhalt der dinglichen Verwertungsrechte gehören: Die Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers kann völlig ausgeschlossen oder aber in der Weise beschränkt sein, daß dem Gläubiger eine einzelne Vollstreckungsart versperrt ist. Durch solche Vereinbarungen werden jedoch die wesentlichen Strukturprinzipien der Grundpfandrechtstypen nicht beseitigt, sodaß die dinglichen Verwertungsrechte durch sie auch nicht die Fähigkeit verlieren, die ihnen vom Gesetz zugemessenen Funktionen zu erfüllen. Angesichts dieser geringen Auswirkungen bestehen gegen derartige Vereinbarungen keine Bedenken.

12. "Eigeneinreden" können auch so auf die dinglichen Verwertungsrechte einwirken, daß die Verwertungsbefugnis des Gläubigers im Ergebnis befristet oder bedingt ist: Die Grundpfandrechte können "gestundet" oder einer "Verjährung" unterworfen sein, und ihre Realisierung kann von einer "Ausbietungsgarantie" oder einer "Vorausklage" abhängen. Auch solche Vereinbarungen lassen die Struktur der Grundpfandrechtstypen in ihren wesentlichen Zügen und damit die Funktionen unberührt, die diese Institute kraft Gesetzes zu erfüllen vermögen. Sie sind daher gleichfalls unbedenklich.

13. Weiterhin können "Eigeneinreden" im Ergebnis dafür maß-

gebend sein, auf welche Sachgüter - welche Verwertungsobjekte - sich die dinglichen Verwertungsrechte im konkreten Fall erstrecken: Ein einzelnes Vermögensstück, das das Grundpfandrecht kraft Gesetzes an sich erfaßt, kann aus der Haftung entlassen sein, das Verwertungsrecht kann überhaupt nur auf ein solches einzelnes Vermögensstück beschränkt sein, oder es kann unter den gesetzlichen Verwertungsobjekten eine zeitliche oder sachliche Verwertungsreihenfolge festgelegt sein. Dadurch tritt jedoch immer eine Änderung wesentlicher Strukturprinzipien ein, und die betroffenen Grundpfandrechte vermögen nicht mehr zu "leisten", was sie von Gesetzes wegen "leisten" könnten. In diesen Fällen sind regelmäßig die Grenzen des privatautonomen Handelns überschritten.

14. Schließlich können dingliche Verwertungsrechte durch eine "Eigeneinrede" Zwecken angepaßt und dienstbar gemacht werden, auf deren Verwirklichung sie von Gesetzes wegen nicht zugeschnitten sind: Die Grundschuld kann zu einer "Sicherungsgrundschuld" gemacht und als solche zu denjenigen Aufgaben herangezogen werden, für die im Gesetz speziell Verkehrs-, Höchstbetrags- oder Wertpapierhypothek vorgesehen sind. Die Grundschuld erhält dadurch eine Gestalt, die strukturell und interessenmäßig etwa die Mitte hält zwischen ihrem gesetzlichen Typus und dem der Hypothekenformen. Damit können im Ergebnis die "Nachteile", die die Hypothekenformen für den Grundpfandrechtsgläubiger aufweisen, zu Lasten der übrigen Beteiligten und Interessenten weitgehend "abgeschüttelt" werden. In den Fällen, in denen die Parteien die "Nachteile" der Verkehrshypothek und der Wertpapierhypothek auf dem "Umwege" über die "Sicherungsgrundschuld" ausschalten, machen sie jedoch von einer Möglichkeit Gebrauch, die das Gesetz ihnen gewährt, sodaß von einer Gesetzesumgehung nicht gesprochen werden kann. Wird jedoch die Grundschuld durch "Eigeneinreden" den Aufgaben einer Höchstbetragshypothek dienstbar gemacht, so muß an sich von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden. Die Entwicklung in der Praxis hat aber dazu geführt, daß diese im Widerspruch zu gesetzlichen Wertentscheidungen stehende Gestaltung heute gewohnheitsrechtlich sanktioniert ist.

L e b e n s l a u f

Am 21. Juni 1938 wurde ich als Sohn des Marine-Intendanturrates Hans Zenker und seiner Ehefrau Annemarie, geb. Uhl, in Osterode am Harz geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Ab Ostern 1946 besuchte ich in Osterode die Volksschule, bis ich Ostern 1949 in das neusprachliche und mathematisch-naturwissenschaftliche Gymnasium Osterode aufgenommen wurde. Auf dem Gymnasium gehörte ich ab Ostern 1951 dem mathematisch-naturwissenschaftlichen Zug an. Am 22. Februar 1958 bestand ich die Reifeprüfung. Im Sommersemester 1958 begann ich an der Universität Göttingen mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Ab Sommersemester 1959 setzte ich dieses Studium an der Universität Tübingen fort. Dort bestand ich am 27. November 1963 die Erste juristische Staatsprüfung. Am 8. Januar 1964 wurde ich als Referendar in den juristischen Vorbereitungsdienst des Oberlandesgerichtsbezirks Celle eingestellt.